



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **33201900103 01**
Demandante: VICKY CONSTANZA ORTIZ CASTRO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Sonia Lorena Riveros Valdez*, identificada con cédula de ciudadanía 1.105.681.100, y T.P. 255.514 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

Así mismo, se le reconoce personería a Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con C.C No 79.985.203 y T.P No 115.849 del C.S.J, como apoderado *Porvenir S.A.*

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora VICKY CONSTANZA ORTIZ CAMPO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PROVENIR S.A. a fin que se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias del mismo.

En consecuencia, solicita se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes y los rendimientos a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación del Régimen de Prima Media y aceptar la afiliación, junto con los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 4 de abril de 1963; que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida trasladándose a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 1° de enero de 2001.

Precisa que la AFP nunca le suministró la información adecuada y completa acerca de las consecuencias de su traslado, ni las desventajas del mismo. El 18 de diciembre del 2018, radicó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado a de la AFP, sin embargo, esa misma data la AFP denegó su solicitud.

Finalmente refiere que el 27 de diciembre del 2018, solicitó a PORVENIR S.A. copia los documentos en los que constara la afiliación y la información brindada al momento de la misma, sin que a la fecha reciba respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al momento de operar la *litis contestatio* se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que el traslado de la demandante estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el mismo, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento tramitado por el demandante y debía asesoría del fondo.

A su turno, COLPENSIONES contestó la demanda señalando que el traslado de régimen se realizó conforme a derecho, pues se verificó el cumplimiento de los requisitos legales que se exijan para la época del traslado, máxime que en el expediente no obra prueba alguna que acredite que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP.

Propone como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de constas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de julio del 2021, declara la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la afiliación realizada por la demandante el 31 de marzo del 2000; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que ordenó a PORVENIR S.A. a realizar el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, intereses, cuotas de administración y bonos pensionales; ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de la demandante y declaró no probadas las excepciones propuestas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, consideró que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. inconforme con la decisión de primer grado, interpuso recurso de apelación en el cual indicó que si bien existe un precedente judicial, el Tribunal Superior de Bogotá, en varias Salas ha indicado que se debe analizar cada caso en concreto, para lo cual no debe soslayarse que en el presente evento no existía obligación de información distinta a la suscripción del formulario de traslado, por manera que cumplió con la obligación de información y no se configuraron vicios del consentimiento.

Que en el presente caso se saneó cualquier vicio, en tanto la demandante se mantuvo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que sin lugar a dudas en caso de existir un vicio en el consentimiento, la demandante lo ratificó con su intención de permanecer afiliada.

Precisa que no se le puede obligar a mantener soportes documentales que legalmente no debía elaborar para la data del traslado; finalmente que no es dable ordenar la devolución de los gastos de administración, pues estos también se generan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aunado a ello que tal pretensión estaría sujeta al fenómeno de la prescripción, y otorgarla implicaría generar un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

A su turno COLPENSIONES en el recurso de apelación indica que si bien no se emite una condena expresa en su contra, es patente que la decisión afecta a futuro sus intereses; de otra parte, en lo atinente a las afirmaciones indeterminada y la inversión de la carga de la prueba solo tiene cabida cuando



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el afiliado tenga una expectativa legítima, por ende, es la actora quien debe acreditar los supuestos fácticos de la demanda.

Agrega que se aportó el formulario de afiliación, mismo que da cuenta de la información brindada y que en todo caso la afiliación se ratificó con el pasar del tiempo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante a PORVERNIR S.A. del 31 de marzo del 2000 (Fl 66), formulario que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información. Por el contrario, la demandante indicó que es odontóloga y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando trabajaba en un Centro de Salud, el que sería liquidado para asumir la naturaleza jurídica de una IPS, por lo que en una reunión se les dio la orden de trasladarse a PORVENIR S.A., sin que haya recibido asesoría alguna.



Ahora, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, los cuales, deben retornar de manera íntegra a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. Por ende, no se avizora además un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

De otra parte, en lo que respecta a la apelación en torno a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen 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”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

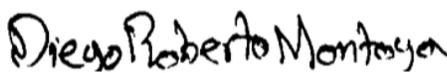
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio del 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

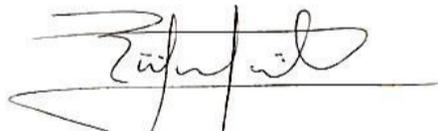
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31050 26 2019 00 670 01
Demandante: MARIA DEL PILAR RAMIREZ SALAZAR
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA DEL PILAR RAMIREZ SALAZAR, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A., fundamentando dicha pretensión en la falta de información completa y comprensible que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de hacer el traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 15 de febrero de 1980.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 15 de febrero de 1980, hasta el 11 de enero de 1996; fecha en la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A., posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. en el año 1999.

Con respecto a la afiliación realizada por conducto de COLFONDOS S.A., refiere que la misma no estuvo precedida de la suficiente información, en tanto la otorgada fue sesgada y parcializada, manifestando únicamente que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, sin ponerle de presente que su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se verificó una proyección de la prestación ni se especificaron las ventajas y desventajas que podría acarrear el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asegurándole que podría pensionarse a cualquier edad, sin aclarar la afectación que tendría en su mesada pensional y lo atinente al bono pensional; de igual manera, no se le indicó que tenía a su alcance retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de los 47 años.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación a dicha AFP operó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por conducto de la AFP COLPATRIA el día 14 de abril de 1999, para lo cual se dio cumplimiento a los requisitos legales, sin que existiera prohibición legal para el referido acto jurídico. También subrayó que al ser un traslado dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y no haber expuesto inconformidad alguna durante los 20 años que perduró la afiliación, se corrobora la decisión libre y voluntaria de permanencia, sin que mediara un vicio del consentimiento. Por último señaló que se cumplió con la obligación de dar la información que para la época se exigía legalmente.

Formuló las excepciones de prescripción trienal de las obligaciones sociales y de 4 años para la rescisión por nulidad relativa, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y la innominada o genérica.

COLPENSIONES se opone a todas las pretensiones consignadas en la demanda, tanto declarativas como condenatorias por estar la demandante afiliada válidamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no haber estado incurso en ninguna prohibición legal para suscribir el traslado, máxime que no era beneficiaria del régimen de transición.

Formuló la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia por no haber agotado la reclamación administrativa, y las de fondo de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

Por su parte COLFONDOS S.A. se opone a todas las pretensiones declaratorias bajo el argumento que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre y voluntaria, aunado a ello que no medio ningún vicio del consentimiento ni se ocultó información al momento de la firma del formulario, por lo que no se incumplió con el deber de información de parte de los asesores comerciales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. en enero de 1996, por lo que ordenó a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación.

Para llegar a esa conclusión estimó que de conformidad con los postulados jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, es menester de las AFP poner en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen, así como sus ventajas y desventajas, so pena de declarar ineficaz el traslado, carga probatoria que no fue cumplida por la parte demandada, toda vez que de las pruebas que obran en el expediente, no se vislumbra haber dado la información necesaria para que la afiliación fuera libre y voluntaria.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. apeló la decisión argumentando que no es dable disponer una nulidad absoluta del negocio jurídico, en tanto la accionante no era incapaz absoluta al momento del traslado, aunado a ello que de haberse presentado una irregularidad en el cambio de régimen, la misma implicaría una nulidad relativa sometida al fenómeno de la prescripción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera radica su inconformidad en la condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez que la decisión se desconoce la característica propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consistente en que tales emolumentos serán destinados a las gestiones para generar los respectivos rendimientos, así como para solventar la póliza de seguros previsionales, por lo que al declararse la ineficacia es como si nunca hubiese existido el acto jurídico, no es dable retornarlos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allegó el formulario por medio del cual la señora MARIA DEL PILAR RAMIREZ SALAZAR realizó su traslado de régimen a la AFP COLFONDOS S.A., con fecha del 11 de enero de 1996 (Fl. 243 del expediente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

digital) y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 19 de abril de 1999 (Fl. 151 del expediente digital); y si bien el primer formulario, que implicó el cambio de régimen, establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Además de los formularios de afiliación, no se aportan otros medios de convicción que logren acreditar que COLFONDOS S.A. asesoró correctamente a la demandante al momento de efectuar el traslado, puesto que, se desistió de los interrogatorios de parte y de los testimonios, por lo cual la AFP accionada no cumplió con el *onus probandi* de acreditar el debido cumplimiento del deber de información.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--



Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber ni por COLFONDOS S.A. y tampoco por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la inconformidad del apoderado de PORVENIR S.A. con respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora MARIA DEL PILAR RAMIREZ SALAZAR.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen 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”.*

Por lo tanto, se puede colegir que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2020 00068 01
Demandante: LUIS MIGUEL FIGUEROA ROJAS
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 1º de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS MIGUEL FIGUEROA GÓMEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 21 de octubre de 1996.

Por consiguiente se condene a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones y rendimientos de su cuenta de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ahorro individual, y a su vez se le condene a COLPENSIONES a recibir dichas contingencias pensionales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 22 de diciembre de 1957, y estuvo afiliado al antiguo INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por el periodo comprendido entre el 18 de junio de 1985 y el 31 de octubre de 1996, calenda última en la que se encontraba trabajando en la CAJA DE CRÉDITO AGRARIA en el cargo de Jefe de División Administrativa.

Que en dicha fecha, se presentó en el área de recursos humanos una asesora comercial de PORVENIR S.A. de nombre MARTHA LUCÍA CASTAÑO, con el propósito de efectuar vinculaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por tal razón, le informó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se encontraba en crisis, por lo que sería liquidado, así como que si se afiliaba al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendría varios beneficios entre ellos que la mesada pensional que recibiría en el régimen privado sería más alta y le sería retornado el saldo que tuviese en su cuenta de ahorro individual en cualquier momento, de ahí que el 21 de octubre de 1996 firmara formulario de afiliación con PORVENIR S.A.

Que a pesar de lo anterior, la asesora no le informó cual era el capital necesario para gozar de una pensión de mayor cuantía a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no existió una información completa acerca de los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión sobre las consecuencias, beneficios o perjuicios que podía ocasionarle el traslado y no recibió una proyección pensional de ambos regímenes.

En igual sentido, que antes de cumplir los 52 años de edad no recibió ningún tipo de comunicación indicándosele sobre la posibilidad de trasladarse de régimen pensional, situaciones todas que advierten una indebida información.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con el argumento que el demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen pensional, lo cual demuestra que era consiente sobre el formulario de afiliación que suscribió, y que la elección del régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte PORVENIR S.A. adujo que la vinculación del demandante ante sus dependencias en el año de 1996 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de su decisión y el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus condiciones pensionales, tal como consta con el formulario de afiliación suscrito en ese entonces.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a través de PORVENIR S.A. el 21 de octubre de 1996.

Por tal razón, condenó a PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los periodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantías de la pensión mínima.

Asimismo, le ordenó a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cotizados por el demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás emolumentos integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima o cualquier otra causa, ordenándole a su vez a COLPENSIONES proceder a reactivar de manera inmediata la afiliación del actor sin solución de continuidad, así como reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PORVENIR S.A., máxime si no se puede entender como tal con el formulario de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Expuso que la debida información dentro del presente asunto se configuró con la suscripción que el demandante realizó del formulario de afiliación, el cual hace constar que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, habiendo escogido el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para sus proyecciones pensionales a futuro de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; circunstancia por la cual, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal que aceptó el demandante, quien es una persona capaz para la celebración de actos jurídicos, máxime si en todo momento tuvo el derecho al retracto según disposiciones de la normativa ya referida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que tampoco procede la condena por los conceptos de gastos de administración, pues de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se destina un 3% de la cotización a efectos de financiar estos gastos, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción, al igual que de trasladarse estos conceptos se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, en la medida que no existe normativa alguna que disponga tal devolución, como lo contempla el artículo 113 *ejusdem*.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 21 de octubre de 1996 a PORVENIR S.A. (Fl. 6), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información necesaria, por el contrario, siempre



manifestó la carencia de la misma, máxime si fue enfático en resaltar en ningún momento se le informó lo concerniente a que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como afiliado tendría una cuenta de ahorro individual, que si bien se le advirtió que se podría pensionar de manera anticipada nunca se informó de manera pormenorizada tales aspectos, situaciones todas que a simple vista advierten a la Sala que el demandante no confesó que se le hubiese brindado la totalidad de la información y de las características de los regímenes pensionales, tópico que debió ser demostrado por PORVENIR S.A. en atención a la carga de la prueba que le asiste según postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Se resalta igualmente, que tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que PORVENIR S.A., no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como se alega en la alzada.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen 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”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 1º de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

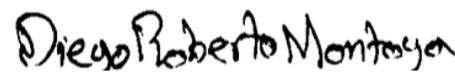
conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

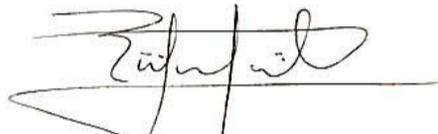
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2018 00379 01
Demandante: FLOR ELVA JURADO GOMEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 3 de junio del 2021.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora FLOR ELVA JURADO GOMEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que previó el trámite correspondiente se dejen sin efecto las Resoluciones Nos. 338289 del 28 de octubre del 2015, GNR 263970 del 7 de septiembre del 2016 y VPB 40997 del 2 de noviembre del 2016, mediante las cuales se revocó la pensión de la demandante y se negaron los recursos de ley; se declare que la demandante tiene derecho a obtener la pensión de vejez por el régimen de transición; y en consecuencia, se ordene a la demandada COLPENSIONES que soluciones las mesadas dejadas de pagar desde el momento en que solicitó la pensión de vejez y las que se sigan



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

causando, así como a indexar el valor de los derechos pensionales adeudados; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que inició los trámites legales para obtener la pensión de vejez ante COLPENSIONES el 16 de junio de 2014, la cual fue resuelta a su favor mediante la Resolución No. GNR 219718; no obstante, mediante una investigación administrativa interna, mediante la Resolución No. 338289 del 28 de octubre del 2015, revocó dicho reconocimiento pensional y ordenó el reintegro todas las mesadas percibidas.

Por vía oficiosa, COLPENSIONES mediante Resolución GNR 263970 del 7 de septiembre del 2016, negó los recursos de ley y al mismo tiempo negó la pensión; al interponer oportunamente recurso de queja, mediante la Resolución No. VPB 40997 del 2 de noviembre del 2016, se negó tal recurso y se manifestó que las resoluciones cuestionadas estaban sujetas a derecho y no procedía revocatoria alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis constestatio* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que carecen de sustento fáctico y legal, en la medida en que no se estructuran los supuestos de hecho, ni de derecho a efectos que la accionante acceda al beneficio pensional.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, la genérica y la prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de junio del 2021, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante y condenó en costas a la demanda.

Como sustento de su decisión manifestó que de conformidad con el expediente administrativo la demandante solicitó el 14 de marzo y el 4 de abril de 2013, la corrección de la historia laboral, respecto de los aportes del señor PEDRO ANTONIO DAZA, aportes que no se encuentran en discusión; el 20 de mayo de 2014 la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión, a lo que se accedió mediante Resolución GNR 219718 del 16 de junio de 2014, al concluirse que contaba con 1027 semanas de cotización.

No obstante, mediante oficio VZ 2014-3932824-21446665 se comunica a la señora FLOR ELVA JURADO GÓMEZ el inicio de la investigación administrativa especial, por una posible inclusión irregular de semanas, para posteriormente mediante la Resolución GNR 338289 de 28 de octubre de 2015, revocar el reconocimiento pensional dadas las resultas de la investigación administrativa.

Estimó que al revisar el expediente administrativo, se constata de las planillas del patrono CATS ISIDORO, con número patronal NP 10022000162, que no se encontró que la demandante hubiese tenido vínculo laboral o que el patrono hubiese realizado cotizaciones por los periodos del 23 de octubre de 1976 al 22 de octubre de 1978 y del 23 de marzo de 1979 a 23 de abril del mismo año; tampoco se encontraron aportes por parte de la PANADERÍA Y PASTELERÍA SAN ISIDRO con número patronal 010022000801, por los periodos del 1º de mayo al 30 de agosto de 1979; lo cual también acontece con ART PLAZA CAROLINA VALENCIA, con numero patronal 01002501234, por los periodos del 19 de abril al 19 de septiembre de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, del expediente que fue arrimado al proceso no se demostró que por los periodos controvertidos, efectivamente existiesen aportes o que la demandante hubiese sido afiliada en virtud de la existencia de una relación laboral.

Siendo así, se tiene que la demandante cumplió 55 años el 23 de enero de 2012, que durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad cotizó un total de 347 semanas y durante toda su vida laboral cotizó un total de 881.86, de lo cual se extrae no le asiste el derecho a la pensión de vejez anhelada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, acorde lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S el presente proceso se analizará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la promotora.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y le asiste el derecho a la pensión de vejez deprecada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

c. Del Régimen de Transición:

Inicialmente debe señalarse que en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición consagrado a favor de quienes, a la entrada en vigencia de la mentada normativa, acreditaran 15 años de servicios o 35 años de edad en el caso de las mujeres o 40 años de edad en el caso de los hombres. Régimen que les permite a este grupo poblacional, acceder al derecho pensional bajo los parámetros legales establecidos en la disposición normativa anterior, en lo tocante a la edad, tiempo y monto de la pensión que les resulte aplicable.

Con todo, basta indicar que el mismo no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso dicho régimen se extiende hasta el año 2014, como quiera que el referido Acto Legislativo dispuso:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”

Entendimiento normativo que ha compartido de forma pacífica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterados pronunciamientos judiciales, como la sentencia SL- 5192 del 2020, al explicar:

“Pues bien, pese a que el ataque es fáctico, la Sala considera oportuno recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1.º de abril de 1994 para este asunto- tuvieron 35 o más años de edad en el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el de los hombres o 15 o más años de servicios cotizados, podrán alcanzar la pensión de vejez o de jubilación



con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto del régimen al que se encontraban adscritos antes de esa fecha.

“Sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política limitó la vigencia del referido régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, y con el fin de salvaguardar las expectativas de las personas cercanas a causar la pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014, siempre que al 29 de julio de 2005 tuvieran al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios.”

d. Del caso en concreto:

En el *sub-lite* constata la Sala que la demandante nació el día 23 de enero de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y para el 29 de julio del 2005 la demandante ya contaba con 881 semanas. Luego en efecto sería beneficiaria del régimen de transición.

Ahora, para acceder a la pensión de vejez, bajo las premisas de orden jurídico y fáctico que establece el Acuerdo 049 de 1990, la demandante requería acreditar más de 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 durante los últimos 20 años. Sin embargo, al corroborar el expediente administrativo se constata que tan solo existe soporte de 881 semanas cotizadas durante toda la vida laboral, de las cuales, 347 se cotizaron en los últimos 20 años.

Ahora, la infirmitad principal de la libelista consiste en que la pensión le fue inicialmente concedida mediante la Resolución No GNR 219718 del 16 de junio del 2014, en consideración a que la demandante acreditaba 1027 semanas. Lo cierto es que la misma fue revocada por la entidad mediante Resolución GNR 338289 del 28 de octubre del 2015, en tanto se constató mediante una investigación administrativa, que sin previa solicitud la historia de la demandante fue objeto de varias correcciones injustificadas con el usuario “*jmtorresp*”, el día 19 de mayo del 2014. Esto es, justo un día antes de que la demandante radicara la solicitud de corrección de la historia pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Dicha corrección, consistió en ampliar en la historia laboral tradicional, el periodo de cotización con el número patronal 01002000801 que corresponde a la PANADERIA Y PASTELERÍA SAN ISIDRO, modificando la fecha de ingreso al 1º de mayo de 1979, siendo la real el 1º de septiembre del mismo año; y con el número patronal 01002501234 que corresponde a ALT PLAZA CAROLINA VALENCIA se modificó la fecha de ingreso al 19 de abril de 1990, siendo la real el 19 de septiembre del mismo año.

En claro lo enunciado la Sala procedió a verificar las piezas procesales allegadas al plenario, junto con el expediente administrativo, logrando corroborar que tal como lo aduce el *a-quo*, no existe probanza alguna de la cual se pueda desprender que la demandante en efecto laboró por los periodos de tiempo que fueron objeto de modificación en su historia laboral y que dieron lugar al reconocimiento primigenio de la pensión de vejez.

Por lo expuesto, en la medida en que no existe soporte de que la demandante haya cotizado un número superior a las 881 semanas o que siquiera, hubiere laborado para PANADERIA Y PASTELERÍA SAN ISIDRO y ALT PLAZA CAROLINA VALENCIA, por un periodo superior al que efectivamente se tuvo en cuenta por parte de COLPENSIONES, en tanto no se evidencian aportes en mora, ni la acreditación de la vinculación laboral que de cuenta de lo contrario.

Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3163-2021, Radicación No. 76260 del 21 de julio de 2021, señaló:

“En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.

“Entonces, tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555 y CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211”.

En el presente evento se evidencia que por activa se pretendía la modificación de las fechas de afiliación y por ende de la contabilización de semanas, sin que se haya aportado prueba fehaciente de la efectiva existencia de la relación laboral con los empleadores antes referidos, por lo cual no es dable predicar una mora en el pago de aportes, por lo que es patente que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho.

En ese orden de ideas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

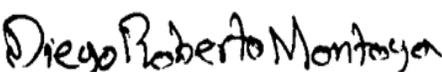
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de junio del 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **30201900656 01**
Demandante: JOSÉ AURELIO GAMBA CAMACHO
Demandado: CRISALTEX S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, en contra de la sentencia proferida el 16 de febrero del 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ AURELIO GAMBA CAMACHO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad CRISALTEX S.A., con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual se extendió del 19 de febrero de 2008 al 20 de junio del 2019, devengando un salario básico de \$1.600.905.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T. y de no acceder a esta, al reintegro al cargo que venía desempeñando o uno de igual jerarquía; el pago de los recargos por trabajo dominical; la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T.; la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que inició a laborar para la demandada el 19 de febrero del 2008, con una asignación salarial básica de \$461.500, no obstante, ni en el referido contrato así como en los suscritos con posterioridad, se determinó la fecha de culminación, pese a ello, se liquidaban anualmente para posteriormente ser contratado cada año, sin que exista solución de continuidad.

El 21 de junio del 2019 le informan el motivo del cierre del almacén, manifestando que tenía 3 días para tal actividad; acto seguido el demandante informa a la señora PATRICIA BONILLA, Jefe de la Zona, que en 3 días no podía escanear 14353 prendas de la tienda, además no contaba con el personal suficiente para ello. Igualmente, le informó al señor KEVIN PATIÑO, Gerente Comercial, para que le diera más tiempo para el cierre y el 29 de junio se comunicó con para conocer la solución, no obstante le comunican que había cometido "*muchas faltas*". Ante la respuesta, se comunica con el señor ALFONSO CASTILLO, para indicarle las irregularidades en el cierre de la tienda y ese mismo día, en horas de la tarde, la señora PATRICIA BONILLA le solicita que entregue las llaves de la tienda y la clave de TELESENTINEL a las 8:00 p.m., terminando así la relación laboral.

Precisa que durante la vigencia de la relación laboral, nunca recibió el pago de los dominicales, pues solo le pagaban el salario básico, las comisiones por ventas y las horas extras.

El día 22 de julio del 2019 solicitó mediante derecho de petición las pretensiones de esta demanda, pero le indicaron que no existía despido injusto y que nunca presentó inconformidad con lo efectuado por CRISALTEX S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

CRISALTEX S.A. mediante su escrito de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, aseverando que a la fecha no adeuda acreencias laborales ni de ninguna índole a favor del demandante. Precisa que entre las partes no existió un único contrato sino varios, siendo el salario devengado por el demandante el mínimo legal mensual vigente más comisiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y horas extras, cuando estas se causaban. Además, indicó que el último contrato finalizó por la expiración del plazo pactado.

Propuso como medios exceptivos de mérito cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de febrero del 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre el demandante y la empresa CRISALTEX S.A. como empleador del 19 de febrero de 2008, el cual se prorrogó hasta el 18 de mayo del 2012 y se transformó por disposición legal en contrato a término fijo a un año hasta el 19 de mayo del 2019, data en la cual finalizó sin justa causa, por parte del empleador.

Condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$8.778.029,60 por concepto de indemnización por despido injusto y absolvió a la demandada de las restantes.

Como fundamento de su decisión, indicó que una vez analizado el material probatorio arrojado al proceso, se corrobora acorde lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T. que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo inicial a término fijo inferior a un año y aunque en el contrato no se indicaba el periodo inicialmente pactado, teniendo en cuenta la comunicación del 15 de noviembre del 2008, dio por establecido que el periodo era de 10 meses y 10 días. De forma tal que se prorrogó en 3 ocasiones por un periodo igual, luego le dio validez a una comunicación de prórroga que indica se dio entre el 19 de julio del 2011 y el 18 de mayo del 2012, data a partir de la cual estimó que operaría la automática reconducción a un año.

En lo que respecta a la terminación del contrato, aduce que para cuando se dio al demandante la carta de terminación del contrato, el día 31 de mayo del 2019 en la cual se informa que el contrato finaliza el 30 de junio de ese mismo año, ya el vínculo se había prorrogado hasta el 18 de mayo del 2020. Luego, el demandante tendría derecho al pago de una indemnización por despido injusto,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

igual al valor de los salarios dejados de devengar hasta dicha data, la cual asciende a \$8.778.029,60 en consideración a que el actor devengaba el salario mínimo, máxime que no probó el trabajo suplementario alegado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la empresa demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se encuentra inconforme con la declaratoria del contrato a término fijo, ello en tanto a la fecha sigue siendo un contrato a término fijo inferior a un año, pues existen varios contratos independientes y no uno solo que se prorrogó.

Lo anterior por cuanto se aportó el soporte de las liquidaciones de los contratos e incluso fue desafiliado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, luego cada contrato finiquitó para iniciar una nueva relación laboral.

En todo caso, indica que si la Sala acoge el criterio de la renovación del contrato, lo cierto es que la misma fue indebidamente computada, pues se tuvo la renovación a un año no a partir del quinto sino del sexto contrato, por lo cual de haberse acogido desde el quinto contrato, este habría iniciado el 6 de julio del 2011 y desde ahí se debían contar las prórrogas a un año.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la relación laboral que existió entre las partes se rigió por un único contrato a término fijo inferior a un año que se prorrogó del del 19 de febrero de 2008 hasta el 18 de mayo del 2012 y mutó por disposición legal en contrato a término fijo a un año hasta el



19 de mayo del 2019. O si por el contrario, resulta acertada la tesis de la pasiva, al afirmar que realmente existieron varios contratos a término fijo.

c. Del contrato a término fijo:

En aras de desatar la litis, resulta imperioso entrar a analizar las normas laborales que se encargan de la regulación del contrato de trabajo a término fijo.

De esta forma, encontramos que el artículo 45 del C.S.T. faculta a las partes, para que celebren el contrato de trabajo bajo las modalidades a término indefinido, por obra o labor, o a término fijo. En el caso de optar por esta última opción, resulta imperioso que se tenga en cuenta que el mismo, se encuentra sujeto a unas previsiones normativas de estricto cumplimiento, por tratarse de una norma de orden público.

Tal regulación, se encuentra contenida en el artículo 46 del C.S.T., en el cual se explica no solo que este debe constar por escrito, sino que adicionalmente, advierte que el mismo tiene la facultad de prorrogarse automáticamente, si el empleador no preavisa sobre su terminación al trabajador, por lo menos con 30 días de antelación a su culminación. De forma expresa, dispone la norma:

“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

“1. Si antes de la fecha de vencimiento de término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, este se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

“2. No obstante, si el término fijo es inferior a (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato de trabajo hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente”

Ahora bien, en lo que atañe a la continuidad del contrato, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha tenido la oportunidad de analizar diversos casos en que a lo largo de la relación laboral, las partes pactan varios contratos de trabajo, mediando una interrupción temporal entre la culminación de uno y la suscripción del siguiente. En estos escenarios esa Corporación es enfática en



punto a que es necesario analizar cada caso en concreto, así como los lapsos de duración de dichas interrupciones, de forma tal que si las mismas son extensas y superiores a un mes, se tendrán como distintos contratos de trabajo. Sin embargo, cuando aquellas comportan espacios de tiempo inferiores a un mes, se entenderán como superfluas y por ende, no tienen la virtualidad de derruir la continuidad del nexo contractual. Tesis, expuesta entre otras en la sentencia SL5595 del 2019, en la cual, se itera lo ya manifestado en las sentencias SL-4816 del 2015 y SL981 del 2019. Esta última en la cual se expuso:

“En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

“(…) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos”.

d. Del caso en concreto:

Al descender al *sub-examine*, procedió la Sala a revisar el acervo probatorio, acorde lo dispone el artículo 60 del C.P.T y la S.S., constatando que militan varios contratos a término fijo suscritos por las partes, con la respectiva carta de preaviso de cada contrato y la liquidación de cada uno de ellos, conforme podemos observar a continuación:

- 1- Contrato a término fijo inferior a un año, suscrito el 19 de febrero del 2008 (Fl 19). Liquidación del contrato de trabajo el 31 de diciembre del 2012 (28).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- 2- Contrato a término fijo inferior a un año, suscrito el 21 de enero del 2013 (Fl 20). Liquidación del contrato de trabajo a término indefinido el 21 de enero del 2014. (Fl 29)
- 3- Contrato a término fijo inferior a un año, suscrito el 10 de febrero del 2014 con fecha de vencimiento el 10 de mayo del 2014. (Fl 21). Liquidación del contrato de trabajo el 30 de enero del 2015.
- 4- Contrato término fijo de fecha 23 de febrero del 2015, con fecha de vencimiento el 23 de mayo del 2015 (Fl 22). Liquidación del contrato de trabajo del 30 de enero del 2016 (Fl.31).
- 5- Contrato a término fijo inferior a un año, suscrito el 22 de febrero del 2016 (Fl 13). Liquidación 30 de enero del 2017 (Fl 32).
- 6- Contrato a término fijo inferior a un año, suscrito el 25 de febrero del 2017 (Fl 24). Liquidación del contrato de trabajo del 15 de febrero del 2018 (Fl 33).
- 7- Contrato a término fijo inferior a un año, suscrito el 13 de marzo de 2018. (Fl 25). Liquidación del contrato de trabajo 30 de junio del 2019. (Fl 39).

Tras analizar el acervo probatorio corrobora la Sala diversas inconsistencias en los denominados contratos de trabajo a término fijo suscritos por las partes.

Ello es así, por cuanto si bien todos fueron suscritos bajo un formato preestablecido de un contrato de trabajo a término fijo, lo cierto es que en muchos de ellos, incluso en el inicialmente suscrito el 19 de febrero del 2008 no tiene ningún término de duración pactada.

Así pues, lo primero que se debe indicar es que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas invita a los juzgadores a analizar los vínculos contractuales, más allá de lo que se enuncie en los documentos en que en ellos se funden, acompasando los hechos que se acrediten en el proceso, con la naturaleza de la vinculación, conforme las normas laborales que como es bien sabido son de orden público y estricto cumplimiento.



De cara a lo indicado, para esta Sala la relación primigenia que existió entre las partes no pudo estar regida por un contrato de trabajo a término fijo, por cuanto si bien el contrato fue titulado bajo esta modalidad, ello no es suficiente para tenerlo como tal, cuando quiera que en el texto del contrato jamás se especifica cual será el término de duración.

Pasó por alto el Juzgado que en el espacio de vencimiento no se puso fecha alguna (Fl 19) y en el texto del mismo en la cláusula tercera denominada “DURACIÓN DEL CONTRATO” se dice que el término será el indicado en la parte superior, parte en la cual se itera, no se menciona data alguna.

Bajo tales presupuestos, es imperioso recordar que la naturaleza misma del contrato a término fijo exige que en efecto se consagre un término de duración del mismo, pues de lo contrario, ante la ausencia de una data de vencimiento, es patente que su duración se tendrá como indefinida.

Al margen de lo enunciado, aunque esta sea la conclusión a la que se arriba en primera media por parte de la Sala, lo cierto es que la parte actora no impugnó la decisión del fallador de primer grado al declarar que la vinculación que existió entre las partes lo fue un contrato de trabajo a término fijo. Por tanto, por virtud del principio de *no reformatio in pejus* al resultar imposible hacer más gravosa la condena del único apelante, se debe estar a lo resuelto sobre este tópico.

Por tanto, partiremos de la premisa consistente en que el contrato de trabajo que existió entre las partes, realmente se rigió por un contrato laboral a término fijo. Quedando por determinar con arreglo a la apelación formulada por la convocada a juicio, si lo fue bajo un único contrato o varios, acorde la apelación presentada por la pasiva.

En torno a esta disyuntiva, basta indicar que si bien las partes suscribieron a lo largo de la relación laboral 7 contratos de trabajo, lo cierto es que entre la data de liquidación de uno y la suscripción del siguiente, no alcanzó a transcurrir más de un mes. En tal sentir, le asiste la razón al fallador de primer grado al anunciar que no existieron varios contratos de trabajo sino una única unidad contractual.



Finalmente, respecto al término de duración de los contratos y sus prórrogas, como bien se indicó, en los términos en que se definió el litigio en primer grado y los alcances de la alzada, se tiene que el contrato inicialmente se pactó el 19 de febrero del 2008 y pese a que no se indicaba la fecha de terminación del mismo, el juez estableció que el periodo inicialmente pactado era de 10 meses y 10 días, en consideración a una comunicación del 15 de noviembre del 2008, en la que se indica que el contrato inicial vence el 31 de diciembre del 2008 (Fl 175). Así mismo, tuvo por establecido el togado que las prórrogas iniciales del contrato se dieron de la siguiente manera:

- 1- Periodo inicial: Del 19 de febrero al 31 de diciembre del 2008.
- 2- Primera prórroga: Del 1º de enero del 2009 al 18 de noviembre del 2009.
- 3- Segunda prórroga: Del 19 de noviembre del 2009 al 18 de septiembre del 2010.
- 4- Tercera prórroga: Del 19 de septiembre del 2010 al 18 de julio del 2011.

Así mismo, indicó el fallador de primer grado que aunque a partir de la cuarta prórroga se entendía prorrogado a un año, existía una carta de renovación del 19 de julio del 2011 al 18 de mayo del 2012 y que así quedo probado en el contrato visto a folio 19.

En torno a tales conclusiones, refiere la pasiva en la alzada que la decisión del fallador de primer grado es errada, pues para esta acorde la tesis del juzgado la cuarta prórroga a un año lo debió ser desde el 6 de julio del 2011.

Sobre este punto del debate, sobra indicar que en efecto las conclusiones a las cuales arribó el fallador de primer grado en torno a la prórroga de los contratos, fue errada. Ello por cuanto no se ajustan a la realidad las fechas de las prórrogas, pues lo cierto es que no se acompañan a los 10 meses y 10 días que el mismo Juzgado alude como término pactado inicialmente.

Tampoco es cierto que a folio 19 exista la prórroga de un contrato del 19 de julio del 2011 al 18 de mayo del 2012, pues en el plenario solo hay un contrato de 2008, que es el que reposa a folio 19 y el siguiente es del año 2013 (Fl 20), tan es así que en la liquidación de prestaciones del contrato de 2008, se indica que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

este se extendió del 19 de febrero del 2008 al 31 de diciembre del 2012 (Fl 28). Además, no podría tenerse en cuenta una cuarta prórroga inferior a un año, pues ello iría en contravía de la ley que tan solo permite que exista hasta 3 prórrogas inferiores a un año.

De esta forma, si somos consecuentes con la tesis que se viene planteando en este proceso, esto es, que pese a que se suscribieron varios contratos de trabajo, la relación laboral tan solo se rigió por un único contrato a término fijo que inicialmente se pactó por un término inferior a un año del 19 de febrero al 31 de diciembre del 2009 y que se fue prorrogando automáticamente, acorde las normas que rigen la materia, las prórrogas se darían en los siguientes términos:

- 1- Periodo inicial: del 19 de febrero al 31 de diciembre del 2008.
- 2- Primera prórroga: del 1º de enero del 2009 al 10 de octubre del 2009.
- 3- Segunda prórroga: del 11 de octubre del 2009 al 20 de agosto del 2010.
- 4- Tercera Prórroga: 21 de agosto del 2011 al 1º de julio del 2012.

Implicaría ello que la parte impugnante tiene la razón al indicar que desde el 1º de julio del 2012, el contrato se debió prorrogar por periodos de un año. Ello implicaría que el contrato en el año 2019 finalizaba el 1º de julio de ese año, de forma que no se podía prorrogar hasta el 18 de mayo del 2020, como lo concluyó el *a-quo*.

Ahora, en la medida en que la demandada le comunicó al demandante mediante misiva del 31 de mayo del 2019 que el contrato finalizaba el 30 de junio de ese mismo año, quiere ello decir que la comunicación si fue entregada por lo menos con 30 días anteriores a su finalización y por lo tanto, no se alcanzó a prorrogar por un año más. Sin embargo, dado que el contrato se dio por concluido el 30 de junio del 2019 y que el mismo vencía hasta el 1º de julio de ese año, el demandante tendría derecho a un día de salario mínimo que para el año 2019, era de \$27.603.

De cara a lo indicado, se procederá a la modificación de la sentencia de primer grado, en los términos ya descritos.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 16 de febrero del 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior, suscrito el 19 de febrero del 2008 que se prorrogó inicialmente por periodos de 10 meses y 10 días, hasta el 1° de julio del 2012, data a partir de la cual, por imperio de la ley, se prorrogó por periodos de un año hasta el 1° de julio del 2020.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de precisar que el monto de la indemnización por despido injusto tan solo corresponde a un día de salario, esto es, \$27.603.

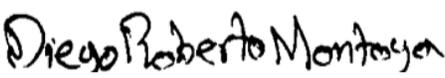
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

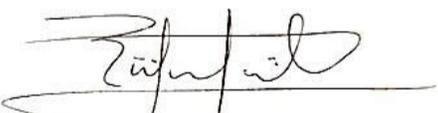
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **12 201900728 01**
Demandante: JOSE MAURICIO BARRAGÁN MORENO
Demandado: ATALAYA 1 SECURITY GROUP LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 16 de junio del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE MAURICIO BARRAGÁN GALLEGO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad ATALAYA 1 SECURITY GROUP LTDA. a efectos que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios pendientes de los meses de febrero de 2018, mayo del 2018, y enero del 2019; se declare que no se le canceló la prima de éxito del 1% por los contratos adjudicados, los cuales constituyen factor salarial, conforme la cláusula sexta.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de los honorarios en cuantía de \$110.139.534; la reliquidación y pago retroactivo, indexado y con los respectivos intereses de mora, sanciones y primas de éxito, dejados de percibir del 1º de febrero del 2017 al 30 de marzo del 2018.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que entre el demandante, en calidad de contratista y el demandado, en calidad de contratante se suscribió un contrato de trabajo que inició el 1º de febrero del 2017 y finalizó el 30 de marzo del 2018, cuyo objeto fue el desempeño del cargo de abogado para presentar pliegos de licitaciones, con un salario pactado de \$2.500.000, pagaderos mediante cuentas de cobro.

Precisa que en la cláusula quinta y sexta se acordó que el contratante pagaría una prima de éxito del 1%, en los procesos contractuales correspondientes a la asesoría jurídica. Precisa que desde la fecha de ingreso, hasta la data de radicación de la de la demanda, se le canceló como único valor por prima de éxito, lo referente a la licitación con la ALCALDÍA LOCAL DE SUMAPAZ, por un valor de \$1.964.731.

El 27 de julio del 2018 solicitó a la demandada mediante correo certificado, dar cumplimiento a lo previsto en el contrato, respecto al pago de honorarios y la prima de éxito, sin embargo, la entidad no contestó dentro del término legal, por lo que debió interponer acción de tutela y solo a razón de la misma, obtuvo una respuesta parcial.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada al operar la *litis contestatio*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que es cierto que existe un contrato, el cual finalizó por la expiración del plazo, acotando que el demandante solo participó en la licitación de la ALCALDÍA DEL SUMAPAZ; señala que el contrató se extendió de febrero del 2017 a marzo del 2018 y por ende no se causó obligación alguna con posterioridad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó enriquecimiento sin justa causa, demanda temeraria, cobro de lo no debido e inexigibilidad de las obligaciones que pretenden que se declaren a través del *petitum* de la demanda y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 16 de junio del 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación y condenó en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión indicó que a partir de lo ordenado en el fallo de tutela del Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Conocimiento de Bogotá, radicada bajo el número 2019-00017, se expidió certificación del tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios de manera discontinua entre el periodo de marzo de 2017 hasta marzo de 2018.

Refiere en ese orden de ideas, que entre las partes operó un contrato de mandato de prestación de servicios profesionales, por ende no es dable esgrimir que se adeuden sumas de dinero que constituyan factor salarial, lo cual solo se predica del contrato de trabajo. En ese orden de ideas, ante la falencia advertida en el libelo genitor se debe tener por sentado que la controversia gira en torno al cumplimiento del contrato de prestación de servicios.

En lo que respecta al acervo probatorio en el contrato que fue aportado en la contestación de la demanda, se puede apreciar que el objeto hace referencia a servicios de asesor jurídico externo con una retribución de \$2'500.000, más una prima de éxito, centrándose el debate en el alcance de las cláusulas quinta y sexta.

Para desatar la controversia, señaló que el contrato se extendió desde el 1º de febrero 2017 hasta el mes de marzo de 2018, y que la obligación que implicaba el devengar la denominada prima de éxito, se constituía en una obligación de resultado, que era la suscripción del contrato, por ello se debía acreditar que la gestión realizada por el demandante era asertiva e inequívocamente dirigida a obtener el resultado pretendido con la debida diligencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior concluyó que la prima de éxito sólo se acreditó respecto del pago por la gestión en la suscripción del contrato con la localidad de Sumapaz, por valor de \$1'964.731, los cuales fueron debidamente solucionados; no obstante, no se demostró una relación lógica del resultado de la gestión y su cuantificación frente a la prima de éxito pretendida, es decir, que en los otros procesos de licitación no se logró establecer que el contrato fue efectivamente celebrado por la gestión profesional del actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que en la demanda se señala que existió una relación laboral, esto es, que la prestación personal del servicio operó bajo los presupuestos del ordenamiento laboral, lo cual se constata con las documentales aportadas al plenario.

De otra parte, que no se tuvieron en cuenta las pruebas sobrevinientes, ello en tanto las licitaciones se hacían en la plataforma de la empresa, por lo que la información era limitada a fin de aportarlas con la demanda, máxime que la información pública no necesariamente es un hecho notorio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre las partes existió una relación de carácter laboral y a consecuencia de la misma se le adeudan "*honorarios*", la prima de éxito con incidencia salarial, y la indexación de las sumas adeudadas.



c. De la relación laboral:

Ahora, desde ya habrá de indicarse que si bien la demanda, no fue redactada de la mejor forma posible y en efecto, el *petitum* de la demanda tan solo esta dirigido a obtener el pago de “*honorarios*” y que se declare que la prima de éxito tiene carácter salarial, sin hacer alusión alguna al tipo de contrato, lo cierto es que el Juez debe hacer una interpretación integral del libelo genitor, en aras de desentrañar el objeto de la misma, como bien lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia del 16 de diciembre del 2016 emitida dentro del proceso con Ref. 54001-3103-002-2004-00270-01, al indicar:

“Ahora bien, como no en todos los casos es posible para el operador judicial detectar el verdadero sentido y alcance de la demanda, bien sea por deficiencias que ella presenta, por ser oscura o imprecisa o, simplemente, por la complejidad jurídica y/o factual de las materias y hechos de que se ocupa, entre otras muchas hipótesis, es patente que en situaciones como las que se han referido se impone al juez interpretarla, labor hermenéutica que, por una parte, no puede conducir a desfigurar o a alterar, menos en perjuicio del actor o del derecho de defensa de la parte demandada, su contenido objetivo y que, por otra, ha de estar siempre encaminada a hacer efectiva “la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos” (Cas. Civ., sentencia del 27 de agosto de 2008, expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01).”

Bajo estos planteamientos, del análisis integral de la demanda, se tiene que en los supuestos de hecho de la demanda el promotor jamás aludió a la existencia de un contrato de prestación de servicios. Por el contrario, indicó que las partes mantuvieron un contrato de trabajo, de hecho enfatizó en la existencia de los elementos del mismo, pues adujo que percibía un salario, que la labor la debía desarrollar de forma personal y debía atender las instrucciones que le fueron impartidas.

Luego siendo ello así, para desatar el debate si se requería esclarecer si el nexo que unió a las partes lo fue por un vínculo de carácter laboral. Ahora, respecto al argumento consistente en que en la tutela ya se había definido que la naturaleza del contrato como de prestación de servicios, basta indicar que en el plenario no existe ninguna decisión judicial en la cual se haya definido con tránsito a cosa juzgada que entre las partes operó un contrato de prestación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de servicios. En efecto, tal punto no pudo ser debatido en la acción de tutela, pues esta definió fue la vulneración del derecho de petición y debido proceso.

Por lo enunciado, acorde lo expuesto en la demanda y el recurso de alzada, lo primero que se debe definir es que tipo de vínculo existió entre las partes.

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL-102 del 2020, al referir:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

“[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayas fuera del texto).”

Al descender al *sub-examine*, constata la Sala dentro del material probatorio recaudado que se aportó: un contrato de prestación de servicios suscrito por las partes cuyo objeto radicaba en que el contratista desarrollara la labor de Asesor Jurídico Externo (Fls 19-21); el derecho de petición elevado por el actor para obtener el pago de las comisiones o prima de éxito (Fls 23-24, 26); certificación emitida por la pasiva en la que consta que el demandante prestó sus servicios para la pasiva mediante contrato de prestación de servicios (Fl 27 y 34); copia de las cuentas de cobro radicadas por el demandante y los pagos que le realizó la pasiva (Fls 46 a 108), y soportes de la tutela presentada por el demandante y la acción de cumplimiento (CD Fl 113).

Así mismo, fueron evacuados los correspondientes interrogatorios de parte, en el curso de los cuales el demandante admitió que inició a laborar en la empresa en el año 2017, puntualmente el 1º de febrero y terminó la vinculación el 30 de marzo del 2018; que suscribió un contrato de prestación de servicios como se puede constatar en el documento allegado al plenario, con el cual fue contratado como abogado asesor en materia contractual y en temas administrativos, a razón de las cuales estuvo en más de catorce licitaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su turno, la demandada indica que en efecto el demandante era un asesor por prestación de servicios, entre el 2017 y el 2018; que ejercía las funciones como abogado asesor en procesos de distinta índole, tales como contestar tutelas, derechos de petición y todo lo que tiene que ver con la parte jurídica de la empresa, aclarando que no participó en licitaciones, pues para ello la empresa tiene un departamento técnico de licitaciones; igualmente, que no se pactaron primas de éxito.

De cara a lo indicado, resulta evidente que en el *sub-lite* si bien existió una prestación personal del servicio, la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., fue desvirtuada por los dichos del propio demandante, pues fue este quien confesó en el interrogatorio de parte que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios, a fin de prestar el servicio como asesor jurídico.

Aunado a ello, basta indicar que dentro del paginario tampoco existe ningún elemento probatorio que nos permita inferir que la naturaleza de la relación fue de índole laboral como se indica en la alzada, pues de hecho a más de la propia confesión del demandante, no existe ninguna prueba indicativa de la vinculación laboral a la que se alude el actor.

Comporta lo enunciado que en el *sub-lite* el vínculo que unió a las partes en efecto lo fue un contrato de prestación de servicios, pues, se reitera, el actor confesó la existencia del mismo.

En claro lo indicado y aunque se aclara la demanda no fue bien encaminada, pues al margen de solicitar el vínculo laboral solicita el pago de honorarios y una prima de éxito de carácter salarial, pretensiones que esgrimió de forma principal, siendo pretensiones claramente contradictorias, pues si pretendía que se declarara el vínculo laboral, resultaba ilógico que reclamara el pago de honorarios.

Con todo, lo cierto es que ninguno de los pedimentos tiene vocación de prosperidad. Ello es así, por cuanto, en primer lugar al no existir contrato de trabajo no se puede declarar que las primas de éxito del 1% tenían carácter



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salarial, como se indica en la demanda. Lo anterior, en la medida en que el salario es un elemento esencial del vínculo de carácter laboral y por ende, resulta ajeno a un contrato de prestación de servicios.

De otra parte, si diéramos por sentado que subsidiariamente, se solicitó el pago de honorarios y la prima de éxito pactada en el contrato de prestación de servicios y de cara a la existencia del mismo, no se debe soslayar que cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

Así como lo reglado por el artículo 2143 del C.C. en el cual, se indica:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona busque el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar a más del contrato de prestación de servicios o del mandato conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios. Carga probatoria que en el *sub-lite* no se acreditó por parte del demandante, pues si bien alude que realizó diferentes gestiones para licitaciones de la entidad, lo cierto es que no existe prueba alguna de ninguna de ellas, distinta a la de la Localidad de Sumpaz, respecto de la cual se acreditó que existió un pago efectivo. Bajo este mismo razonamiento, se tiene que no existe probanza alguna que nos permita advertir que al demandante se le adeuda suma alguna



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por conceptos distintos a los honorarios que efectivamente, reconoció y pagó la convocada a juicio, acorde los soportes de pago que reposan en el CD de folio 113 y las documentales de folios 19 a 46.

Bajo esa misma senda, es menester precisar que los argumentos planteados en la alzada, en torno a que las pruebas no pudieron ser aportadas, por cuanto no estaban en poder del demandante sino del a demandada y que el juez las restringió, basta indicar que la parte actora, bien pudo solicitar a la pasiva que las aportara con la contestación de la demanda, como lo predica el artículo 26 del C.P.T y la S.S., además si estaba inconforme con las decisiones emitidas en la etapa de decreto de pruebas, también tenía la opción de controvertir dichas decisiones, sin que sea esta la etapa procesal para controvertir el decreto de pruebas.

Siendo así, se concluye que el demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, en tanto no acreditó los supuestos de hecho de las normas cuyo objeto perseguía en el presente juicio.

Por lo expuesto, no queda otra salida distinta a confirmar el fallo de primer grado, pero con arreglo a las motivaciones que se aluden en el presente fallo.

No siendo otro reproche, la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio del 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2018 00595 01
Demandante: LUIS HERNANDO CORREA MORALES
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS HERNANDO CORREA MORALES formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con la finalidad que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez desde el 10 de febrero de 2009.

Por consiguiente, se condene a la encartada a solucionar las mesadas pensionales causadas desde el 10 de febrero de 2009 hasta el 31 de octubre de 2010, incluida la mesada adicional del mes de noviembre de 2009, al pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

En forma subsidiaria, se condene por concepto de indexación sobre las mesadas pensionales que se lleguen a reconocer.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que nació el 10 de febrero de 1949, por lo que cumplió 60 años de edad el 10 de febrero de 2009.

Que mediante Resolución No. 33154 del 20 de septiembre de 2011, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez a partir del 10 de febrero de 2009 en cuantía inicial de \$4.475.378, acto administrativo que la encartada dejó sin valor ni efecto a través de la Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011, reconociendo su prestación a partir del 24 de noviembre de 2010 en cuantía de \$4.564.886, bajo el entendido que era necesario cambiar la fecha de disfrute por cuanto se presentaban cotizaciones con el empleador AMEZQUITA & CIA S.A. hasta el 23 de noviembre de 2010.

Seguidamente, expuso que mediante escritos de fechas 30 de agosto de 2012 y 16 de enero de 2013 solicitó el retroactivo pensional a partir del 10 de febrero de 2009 toda vez que para dicha calenda cumplió el estatus de pensionado ya que tenía cotizadas más de 1000 semanas y 60 años de edad, por lo que la entidad mediante Resolución GNR 374402 del 22 de octubre de 2014 reliquidó su pensión en cuantía de \$4.564.886 a partir del 1º de noviembre de 2010.

Que mediante escrito del 12 de noviembre de 2014 interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación contra el anterior acto administrativo, confirmando la pasiva el mismo a través de la Resolución GNR 132860 del 7 de mayo de 2015, y la apelación en Resolución VPB 64274 del 30 de septiembre de 2015.

Por último, señaló que realizó cotizaciones como independiente hasta el mes de octubre de 2010, presentándose así inconsistencias en su historia laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que al demandante le fue reconocida pensión de vejez a través de Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011, y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

según se desprende de su historia laboral se puede observar que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el 23 de noviembre de 2010 sin reportar la novedad de retiro con su último empleador en los términos regulados en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, inoponibilidad de condenar al pago de intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de la condena, prescripción, buena fe, compensación, innominada, e imposibilidad de condena en costas y agencias en derecho.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que se encuentra acreditado que el demandante nació el 10 de febrero de 1949, así como que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES inicialmente le reconoció la pensión al actor mediante Resolución No. 33154 del 20 de septiembre de 2011, la cual fue revocada a través de la Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011, última que reconoció la prestación por vejez a partir del 24 de noviembre de 2010 en cuantía de \$4.564.866.

Seguidamente, en sus argumentos de fondo indicó que dentro del presente asunto había operado el fenómeno prescriptivo para efectos de pretender por esta vía el reconocimiento y pago del retroactivo pensional perseguido.

Asimismo, argumentó que si en gracia de discusión no hubiese operado el fenómeno prescriptivo, claro es que el demandante en su calidad de independiente realizó cotizaciones hasta el mes de octubre de 2010, de ahí que era procedente que la encartada reconociera la prestación a partir del 1º de noviembre de 2010.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó que dentro del presente asunto no se configuró el fenómeno prescriptivo, como quiera que las actuaciones surtidas se realizaron dentro del término trienal que regulan la materia de seguridad social, máxime si COLPENSIONES en ningún momento emitió respuesta de fondo sobre las peticiones incoadas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de establecerse si al aquí demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional perseguido, en especial por la situación determinada por el fallador de instancia que se circunscribe a la prescripción.

De prosperar tal derecho, la Sala deberá auscultar igualmente si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o si en su defecto en forma subsidiaria, procede la indexación de las mesadas pensionales que se lleguen a reconocer.

c. Del caso en concreto.

Sea lo primero indicar en el caso sub examine, que al demandante señor LUIS HERNANDO CORREA MORALES, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció mediante Resolución No. 33154 del 20 de septiembre de 2011 la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 a partir del 10 de febrero de 2009 en cuantía inicial de \$4.475.378, acto administrativo que por demás refleja en su parte resolutive inconsistencias en el nombre del actor,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

toda vez que lo que allí se plasmó fue el nombre de “*JOSÉ ALBERTO QUESADA*” (Fls. 15 a 19 Expediente Digital).

Luego mediante Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011, la cual fuese notificada al actor el 12 de enero de 2012, se dejó sin efectos jurídicos la Resolución No. 33154 del 20 de septiembre de 2011, reconociendo la pensión a partir del 24 de noviembre de 2010 en cuantía de \$4.54.886, con el argumento que esta última resolución no fue ingresada en nómina de pensionados por cuanto la Auditoría de Nivel Nacional efectuó observaciones en el reconocimiento de la prestación (Fls. 20 a 24 Expediente Digital).

Con ocasión de lo anterior, el demandante presentó el 29 de agosto de 2012 recurso de reposición y subsidiariamente apelación en contra de la Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011 en la que solicitó el retroactivo deprecado dentro del presente asunto, así como un escrito del 16 de enero de 2013 insistiendo por el pago de dicho retroactivo (Fls. 25 a 26 y 27 a 28 - Expediente Digital), escritos que fueron resueltos por la encartada en Resolución 18782 del 20 de enero de 2014, en la que dispuso modificar la referida Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011, en el sentido de reliquidar la prestación a partir del 1º de noviembre de 2010 con una mesada pensional a dicha data de \$4.564.886 (Expediente Administrativo allegado de forma Digital).

Asimismo, según se desprende de la Resolución GNR 374402 del 22 de octubre de 2014 (Fls. 29 a 31 - Expediente Digital), el actor elevó nueva petición el 12 de mayo de 2014 solicitando la reliquidación de su prestación, la cual se resolvió precisamente con la mentada resolución disponiendo que se mantendría la fecha del reconocimiento pensional a partir del 1º de noviembre de 2010.

El 12 de noviembre de 2014 interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación frente a la Resolución GNR 374402 del 22 de octubre de 2014 (Fls. 32 a 34), por lo que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 132860 del 7 de mayo de 2015 la confirmó (Fls. 35 a 37 - Expediente Digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El 3 de junio de 2015 presentó escrito de ampliación al recurso de apelación (Fls. 38 a 40), y la pasiva en Resolución VPB 64274 del 30 de septiembre de 2015 confirmó la Resolución GNR 374402 del 22 de octubre de 2014 (Fls. 41 a 44 – Expediente Digital).

Así las cosas y conforme a lo decidido por el fallador de instancia, la Sala puede concluir que dentro del presente asunto operó el fenómeno prescriptivo de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 4879 del C.S.T. en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

El artículo 6º del C.P.T y de la S.S. regula:

“ARTICULO 6o. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.

“Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción.

“Cuando la ley exija la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la reclamación administrativa de que trata el presente artículo.”

Como se resalta de la norma en mención, claro es que hace mención a dos situaciones, la primera de ellas refiere a que presentada la reclamación la misma se agota cuando se haya decidido en el entendido que queda suspendida hasta que la entidad resuelva los recursos de ley, mientras que la segunda situación, se circunscribe a que transcurrido un mes después de presentado el escrito, quien lo instaura queda habilitado para ejercer el mecanismo judicial por cuanto traspasado ese interregno también se entiende agotada.

Es por ello que, descendiendo al caso de marras, al habersele notificado al demandante la Resolución No. 41513 del 11 de noviembre de 2011 el día 12 de enero de 2012 (Fls. 20 a 24 Expediente Digital), acto administrativo que es el detonante para que el actor reclame el retroactivo en tanto fue el que dejó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sin efectos la Resolución No. 33154 del 20 de septiembre de 2011 (Fls. 15 a 19 – Expediente Digital), fue a partir del 13 de enero de 2012 que empezaba a contar el término para que interpusiera los recursos de ley sobre la decisión adoptada por la entidad.

Tal situación no se llevó a cabo pues al tenor del artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, vigente para esa época ya que el C.P.A.C.A. empezó a regir a partir del 2 de julio de 2012, clara es la norma en disponer que una vez notificada la decisión de manera personal el plazo máximo para interponer el recurso de reposición era de cinco (5) días, por lo que al haberse presentado el 29 de agosto de 2011 (Fls. 25 a 26 – Expediente Digital), se puede concluir que se incoó de manera extemporánea, lo que significa a su vez que transcurrido el mes posterior a la notificación personal en los términos del artículo 6º del C.P.T y de la S.S., esto es, el 12 de febrero de 2012, empezó a correr el término trienal para iniciar la acción judicial, y al haberse presentado la demanda el 27 de septiembre de 2018 como da cuenta el Acta individual de reparto (Fl. 52 Expediente Digital) se excede un término superior a tres años.

De ahí que no se pueda estimar que con las peticiones elevadas ante la encartada con posterioridad, se pueda activar nuevamente el término prescriptivo.

Ahora, teniendo en cuenta lo argumentado por el *a-quo*, se debe acotar que en efecto si en gracia de discusión no fuese de resorte lo anteriormente considerado, como se acredita de la historia laboral allegada por COLPENSIONES y actualizada al 19 de agosto de 2020, de la misma se aprecia que el demandante cotizó un total de 1.619,29 semanas por el periodo comprendido entre el 11 de octubre de 1968 y el 31 de octubre de 2010; circunstancia por la cual, claro es para la Sala que al ser su último aporte para el mes de octubre de 2010 en calidad de independiente, no puede pretender el actor que se le tenga un estatus pensional con anterioridad al 1º de noviembre de 2010, como quiera que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, es necesaria la novedad de retiro del sistema para acceder a la prestación, y si bien dentro del presente asunto no existe tal novedad, lo cierto es que el retiro se entiende tácito ya que precisamente hasta el mes de octubre que se refleja la intención de dejar de cotizar al sistema de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

seguridad en pensiones, talante que también ha sido considerado por la Sala de Casación Laboral en diferentes pronunciamientos, siendo una de ellas la enmarcada en sentencia SL929-2019, radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019.

Por las consideraciones expuestas la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

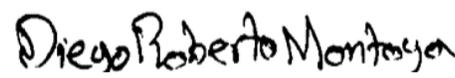
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

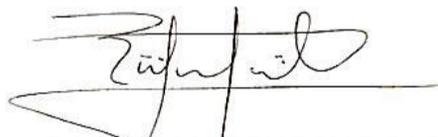
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 28 2018 00589 01
Demandante: DIANA MARCELA ROBAYO MUÑOZ
Demandado: SODEXO S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 9 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DIANA MARCELA ROBAYO MUÑOZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de SODEXO S.A.S., con la finalidad que se declare que la terminación del contrato de trabajo acaecida el 2 de abril de 2018 por parte de la encartada se produjo con el incumplimiento de los requisitos legales al no contar con la autorización del Inspector del Trabajo, así como que dicho despido se produjo cuando se encontraba en estado de debilidad manifiesta.

En virtud de lo anterior, se condene a la demandada a restituirla a su cargo o uno similar, compatible con sus condiciones médico-laborales y vinculándola de forma inmediata a la nómina de trabajadores, pago de salarios insolutos, auxilio de transporte, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes para riesgos de enfermedad, vejez y muerte, sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indemnización equivalente a 180 días de salario como consecuencia de no solicitar el previo permiso al Ministerio del Trabajo para despedirla, y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias, y en caso de que no se acojan sus súplicas principales con las directrices de las sentencias C-531 de 2000 y C-824 de 2011, en el sentido de declarar la ineficacia del despido por la condición de debilidad manifiesta de la demandada sin exigir un porcentaje determinado en el grado de pérdida de capacidad laboral, solicita se declare que la terminación del contrato de trabajo efectuado por la demandada fue sin justa causa, por lo que se le deberá condenar a la sanción por despido sin justa causa consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 17 de mayo de 2007 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada SODEXO S.A.S., el cual se prorrogó de manera automática.

Que el cargo para el cual fue contratada es de auxiliar de servicios generales, cuyas funciones se circunscriben al lavado de tapetes, limpieza de persianas, paredes y oficinas, lavado y desinfección de baños, preparación de café y atender al personal en las reuniones que se realizaran, siendo ascendida en el año 2011 en el cargo de recepcionista, empleo en el que percibió una retribución salarial mensual de \$1.080.291, con un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:00 p.m.

Indicó que entre las funciones que debía cumplir en el nuevo cargo se encontraban las de recepción de las llamadas del conmutador general, direccionamiento de las llamadas entrantes al conmutador, reemplazar a su compañera de trabajo en horas de almuerzo y descanso, asesorar vía telefónica a los clientes, ingresar facturas, escanear documentos, imprimir los documentos que solicitaban todos los asesores de la empresa, entre otras que imponían sus jefes inmediatos.



Que durante las labores en la empresa demandada fue diagnosticada con *“bursitis de hombro, luxación de la articulación radiocubital proximal y radiocapitelar por desplazamiento anterior del radio con contusión o edema de la médula ósea del radio, tendinitis, síndrome del manguito rotatorio, sinovitis, tenosinovitis, síndrome aducción dolorosa”*, según da cuenta su historia clínica, de ahí que haya sido incapacitada en diferentes oportunidades, situación que fue puesta en conocimiento de la empleadora.

Expuso que el 2 de abril de 2018 de manera unilateral y sin justa causa, SODEXO S.A.S. terminó su contrato de trabajo, por lo que interpuso acción de tutela con la finalidad de obtener la protección de sus derechos fundamentales, la cual fue fallada de forma favorable y de manera transitoria el día 12 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento, amparando sus derechos a la salud, vida en condiciones dignas, seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, entre otros derechos, negando las pretensiones encaminadas al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el periodo en el que estuvo desvinculada.

Por último, adujo que con la demandada se suscribió el 25 de junio de 2018 acta de reingreso en aras de acatar la acción constitucional de tutela, sin que se le hubiesen cancelado salarios y prestaciones sociales sobre el periodo en que estuvo desvinculada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que el despido de la demandante jamás obedeció a su estado de salud, ya que no se tuvo conocimiento que la actora se encontrara con calificación o porcentaje alguno de pérdida de capacidad laboral que le obligara a mantener el vínculo laboral vigente.

Que es claro que la accionante durante el interregno de la relación laboral tuvo algunas incapacidades las cuales se originaron por diversas enfermedades comunes, con lapsos superiores a un mes entre una y otra, así como que la misma tuvo por parte de su EPS algunas recomendaciones laborales que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tuvieron presentes y se cumplieron a cabalidad, sin que a la fecha del despido se hubiese presentado objeción, como tampoco calificación de las supuestas enfermedades, de ahí que no se configurara la estabilidad laboral reforzada.

Refirió que es cierto que se emitió fallo de tutela que ordenó el reintegro transitorio de la demandante, aclarando que ha venido cancelándole todos y cada uno de los emolumentos laborales a que tiene derecho, aunado al hecho que para la fecha del finiquito del contrato, le pagó a la actora la sanción por despido sin justa causa.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe por parte de la demandada y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de junio de 2021 declaró que la demandante contaba con la estabilidad laboral reforzada al momento en que se produjo la terminación de su contrato de trabajo, esto es, el 2 de abril de 2018, y, en consecuencia, la demandada debía solicitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo para la finalización del vínculo, declarando a su vez la ineficacia del despido.

Por consiguiente, ordenó el reintegro de la demandante sin solución de continuidad a partir del 3 de abril de 2018, a un cargo de igual o superior jerarquía con los correspondientes salarios y prestaciones sociales, condenando a la demandada y a favor de la actora al pago de salarios insolutos entre el 2 de abril y el 28 de junio de 2018 en la suma de \$3.096.834, y por el mismo interregno al pago de cesantías por valor de \$279.142, intereses a las cesantías \$8.002, prima de servicios \$279.142 y vacaciones \$129.035.

Igualmente, condenó al pago de la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en la suma de \$6.481.620, y al subsidio de transporte en \$252.872, así como al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión por el periodo comprendido entre el 3 de abril y el 28 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

junio de 2018, tomando como IBC la suma de \$1.080.291. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró no probadas las excepciones formuladas en litis.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consagra la no discriminación a personas en situaciones de discapacidad, así como que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada se predica de toda persona que presente una afectación en su estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores, toda vez que esta situación particular puede considerarse como una situación que genera debilidad manifiesta, y en consecuencia el trabajador puede verse discriminado por este solo hecho con independencia de la vinculación o de la relación laboral, por lo que en términos generales comprende la prerrogativa del trabajador para permanecer en el empleo y así obtener los correspondientes beneficios salariales o prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono si no existe una causal relevante que justifique disponer su despido, por lo que previo al finiquito es necesario contar con la autorización de la oficina del trabajo, pues de no ser así dicho acto jurídico se torna ineficaz como así se dispuso en la sentencia C-049 de 2017.

Que en todo caso, además de la autorización de la oficina del trabajo la protección constitucional dependerá siempre de tres aspectos: (i) se establezca que el trabajador realmente se encuentre en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal desempeño de sus actividades, (ii) que la condición de estabilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido, y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.

Adujo de otra parte, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, más exactamente la sentencia SL679-2021, señaló que el empleador no está obligado a adquirir la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral, cuando esa determinación tenga fundamento en la configuración de una razón objetiva, como lo es una justa causa de despido, precedente del que la falladora de instancia manifestó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

apartarse con el argumento que debe tenerse en cuenta la protección especial que merecen las personas que se encuentren en debilidad manifiesta con ocasión a las enfermedades que padecen, en razón a que les resulta más favorable el precedente constitucional aplicable a todos los trabajadores disminuidos por unas o varias enfermedades, a pesar de no contar con una calificación de la pérdida de su capacidad laboral; circunstancia por la cual, en el caso en que un trabajador demuestre su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena que su decisión de culminar el vínculo contractual se declare ineficaz, y por consiguiente, se pueda ordenar el reintegro del trabajador junto con el pago de salarios y prestaciones insolutos, así como de la sanción de 180 días de salario según lo preceptúa el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Que en tal sentido, dentro del presente asunto no existe controversia que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo desde el 17 de mayo de 2007, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de auxiliar de servicios generales con un salario inicial de \$451.200, posteriormente un salario de \$1.080.291, último cuando la trabajadora fue ascendida al cargo de recepcionista.

Por tal razón, y en atención de los requisitos dispuestos por la Corte Constitucional, concluyó que a la fecha de terminación de la relación laboral la demandante se encontraba en situación de debilidad manifiesta con ocasión a las patologías padecidas durante la relación laboral, tanto de origen laboral como común, quebrantos de salud que fueron conocidos por el empleador con anterioridad al despido acaecido, como así quedó acreditado en el expediente a través de las distintas recomendaciones médicas expedidas por el médico tratante en el sitio de trabajo y revisión del puesto como fueron puestas en conocimiento a la Jefe Nacional de la sociedad demandada el 9 de agosto de 2016, máxime si se tiene en cuenta que la representante legal de la encartada adujo que la empresa solo tuvo conocimiento de la salud de la demandante hasta la radicación de la acción de tutela que lo fue el 8 de junio de 2018, cuando claro es que con dicho escrito del 9 de agosto de 2016 demuestra que ya habían sido comunicadas las diferentes recomendaciones médicas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además que del comprobante de nómina correspondiente a la primera quincena del mes de abril del año 2018, se puede constatar que a la demandante le fueron cancelados dos días de salario por ese periodo teniendo en cuenta que la empresa dio por terminado el contrato el día 2 de abril de 2018, y que esos dos días fueron registrados como gastos de incapacidad, por lo que la actora para el 1º de abril de 2018 se encontraba incapacitada.

Así las cosas, dejó asentado que todos los postulados emanados por la Corte Constitucional se configuraron para la garantía de la estabilidad laboral reforzada a favor de la actora, por lo que la terminación del contrato de trabajo emitido por la encartada, no contó con una causal objetiva conforme lo prevé el artículo 62 del C.S.T. para el finiquito, aspecto que da cuenta que la motivación no es diferente a la disminución física padecida por la trabajadora, por lo que el despido fue discriminatorio e ineficaz para incluso ser merecedor de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De otra parte, expuso que en razón a que la demandante fue reintegrada como consecuencia del fallo de tutela a partir del 29 de junio de 2018, y al alegarse que desde la fecha del despido y hasta la fecha del reintegro se le dejaron de cancelar los salarios y prestaciones sociales, sin que en el trámite del presente proceso se hubiese demostrado lo contrario, ordenó las condenas impuestas atendiendo como último salario devengado la suma de \$1.080.291 y como auxilio de transporte \$88.211.

Negó la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., con el argumento que de conformidad con el análisis de la buena fe el empleador la logró probar, por cuanto en la orden de tutela de reintegro del Juez constitucional no se ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar hasta tanto el Juez laboral no resolviese la controversia, misma situación por la que absolvió a la sanción por la no consignación de las cesantías reguladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Condenó al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, bajo el entendido que el mismo resulta irrenunciable al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada la apeló. Adujo en primer lugar que la falladora de instancia no tuvo en cuenta la inasistencia de la demandante a rendir interrogatorio de parte, por lo que se deben aplicar los hechos susceptibles de confesión, y por ende, la absolución de las condenas impuestas.

De otra parte, difiere la configuración de la estabilidad laboral reforzada, con el argumento que si bien la demandante presentaba unos padecimientos o enfermedades, hasta el 2 de abril de 2018 eran enfermedades comunes que le generaron ciertas incapacidades sin que se conociera una notoria afectación en su salud, tanto así que para dicha data el señor ANDRÉS PEÑA quien era especialista le solicitó a la actora en una reunión que tuvieron el 29 de enero de 2018 que se realizara unos exámenes relacionados con su estado de salud, exámenes que la accionante no se quiso efectuar, dando a entender que no se encontraba en ningún tratamiento médico, asumiéndose que se habían superado las molestias, por lo que no existía la necesidad de solicitar el permiso del despido ante el Ministerio del Trabajo, situación que conlleva a que resulte impróspera la sanción de los 180 días regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Reitera en sus argumentos que para la fecha del despido la demandante no se encontraba en estado de estabilidad laboral y que si bien tenía recomendaciones médicas, las mismas siempre fueron cumplidas a cabalidad, incluso con posterioridad al reintegro ordenado por vía constitucional, ya que se le ordenó su puesto de trabajo y fue reubicada conforme a lo establecido por el médico tratante, dejando de presente que la actora con posterioridad al despido fue que se preocupó por asistir a citas médicas y buscar los especialistas, lo que advierte la mala fe ya que tales circunstancias no se hicieron con anterioridad, por lo que no resulta procedente el reintegro ni las demás condenas impuestas en su contra, más aún si al momento del finiquito no se contaba con una calificación o dictamen de pérdida de capacidad laboral que determinara la afectación en salud alegada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, expuso que se debe absolver en costas, precisando que la demandante con posterioridad al despido renunció, más exactamente el 25 de abril de 2019 por situaciones ajenas a su estado de salud, de lo que se puede colegir que la señora DIANA MARCELA ROBAYO MUÑOZ gozaba de todas sus capacidades físicas, más aún si no se hizo presente a las audiencias, aspectos todos que dejan ver la falta de conocimientos a plenitud sobre los padecimientos alegados en la demanda.

Que como empresa allegó los documentos concernientes a la historia clínica presentada por la demandante en la tutela, más no porque conociera de los padecimientos de salud aducidos en la demanda, sin que tal aspecto se pueda entender como un conocimiento de la estabilidad laboral que se le endilga.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de la relación laboral.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre la demandante y la empresa demandada SODEXO S.A.S. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 17 de mayo de 2007 y el 2 de abril de 2018, calenda última en que la encartada terminó el vínculo contractual, situaciones que se corroboran con la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la carta de terminación del finiquito adiada el 2 de abril de 2018, así como la certificación laboral emitida por la empleadora el 13 de abril de 2018 (Fls. 23 a 24, 26 y 28), al igual que el último cargo desempeñado por la actora fue el de Recepcionista con una última retribución salarial mensual en la suma de \$1.080.291 como da cuenta una segunda certificación emanada por la encartada el día 21 de agosto de 2018 (Fl. 25).

Tampoco el hecho que con posterioridad al finiquito del contrato, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá profirió sentencia de tutela el 12 de junio de 2018, concediendo la misma en el sentido de amparar a la aquí demandante los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, seguridad social, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, entre otros, por lo que ordenó a la encartada reintegrarla de manera transitoria a un cargo igual o de similares condiciones al que ocupaba antes del despido, negando los pagos de salarios y derechos prestacionales; circunstancia por la cual, las partes suscribieron el 25 de junio de 2018 acta de reintegro de la demandante, el cual se hizo efectivo a partir del 29 de junio de 2018 (Fls. 28 y 61 a 67).

d. De la estabilidad laboral reforzada:

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas debido a dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.”

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.

Postura que se mantiene incólume por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, como se indicó en la sentencia SL – 4825 del 2020.

Ahora bien, estas posturas fueron reunidas y concretadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL711 del 2021, en la cual se enfatizó en que: (i) La garantía foral establecida en la Ley 361 de 1997 se aplica para aquellas personas que padezcan de una situación de discapacidad en un grado significativo que conozca el empleador; (ii) tal calidad no requiere que se encuentre establecida en un carné y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tan poco se constituye como una prueba solemne, pues en estos casos el juez goza de libertad probatoria; y, (iii) el despido del trabajador debió basarse en su estado de salud, en tal virtud recuerda que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia de discapacidad a la fecha del despido, para que este se presuma discriminatorio, correspondiendo al empleador desvirtuar la referida presunción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las referidas circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido, y en tratándose del grado de discapacidad, si quiera moderada, claro es que nuestro órgano de cierre decanta que el Juez se encuentra en libertad probatoria para determinarla en los términos determinados en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3132-2021, Radicación No. 75850 del 12 de julio de 2021, reafirmó el argumento de auscultar la discapacidad con otros medios de convicción diferentes al del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, trayendo a colación la sentencia SL1236-2021, Radicación No. 67060 del 17 de marzo de 2021, la cual reseñó:

“[...] como lo tiene asentado la jurisprudencia laboral de esta Corporación, para que haya lugar a la estabilidad laboral del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es preciso, primero, que se trate de personas con discapacidad; segundo, que el hecho sea conocido por el empleador, y, tercero, que la ruptura contractual obedezca a esta situación del trabajador (CSJ SL 5184-2020).

“[...]

“Por esa razón, uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo. Ese momento, en los contratos de trabajo a término fijo, se materializa cuando se comunica el preaviso al trabajador y el vencimiento del plazo del contrato no es más que la ejecución de esa decisión de no prorrogar. Inclusive, el empleador podría cancelar los 30 días del preaviso, sin que el trabajador deba prestar el servicio.

“[...]

“En ese orden, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carné como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que, realmente, padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se active su garantía de estabilidad laboral, CSJ SL 058-2021.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que, para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento, no es suficiente que, al momento del despido (o del preaviso en los contratos de trabajo a término fijo), el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que, al menos tuviera, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017 y CSJ SL4609-2020).”

“En esa línea, esta Corte tiene establecido que, para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, «sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional», CSJ SL572-2021.”

*“Esa es la razón de la importancia de una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores. No obstante, la jurisprudencia laboral reconoce que no es el único medio probatorio idóneo para probar esa condición y, con fundamento en el principio de libertad probatoria y formación del convencimiento del art. 61 del CPTSS, en el evento de que no exista una calificación del grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, **esta Sala admite que la limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, verbigracia, cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, cuenta con concepto desfavorable o desfavorable de rehabilitación, o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo, CSJ SL572-2021.**”*

“Como lo que se protege con la estabilidad laboral reforzada del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es la discriminación por motivos de discapacidad con la terminación del contrato o el despido, esas condiciones indicadoras de la necesidad de protección deben estar presentes al momento de la decisión del empleador de finalizar el vínculo y ser evidentes para él, para que se haga exigible la autorización del Ministerio de Trabajo previamente a la finalización de la relación laboral, so pena de la presunción de la discriminación, y sea el empleador quien tenga que desvirtuarla demostrando las razones objetivas de su decisión.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Concluyó esa Corporación en la sentencia SL3132-2021, Radicación No. 75850 del 12 de julio de 2021 que:

“Lo anterior sin perjuicio de que la Sala recuerde que refulge evidente el desacierto del Juzgador colectivo en la interpretación errada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al considerar, con base en pruebas documentales señaladas anteriormente, en que el amparo se activó por el hecho de que el empleador tenía conocimiento sobre el estado de salud de la demandante para la data de la terminación del contrato de trabajo, que lo ubicaba en el campo de la debilidad manifiesta, sin que existiera certeza de limitación o discapacidad relevante en la salud de la accionante para cuando feneció tal vínculo y menos aún presentaba una situación grave en su salud que fuera notoria y evidente ni contaba con restricción médica para el desempeño de sus labores con ocasión de la enfermedad profesional que se le dictaminó, por ende no le competía obtener permiso administrativo para despedir, ni tenía resistencia legal que le impidiera prescindir de los servicios de aquella, por tanto, se descarta de plano una decisión discriminatoria”.

Ahora bien, como se desprende de la historia laboral de la demandante, y como lo motivó la falladora de instancia, se aprecia que ésta se le diagnosticó lo siguiente:

(i) El 17 de octubre de 2014 Leve Tendinopatía del Supraespinoso y del Subescapular, Leve Bursitis Subacromio y Tenosinovitis de la porción larga del Bíceps (Fls. 36).

(ii) El 11 de junio de 2015 fue valorada por Medicina Laboral determinándose como diagnóstico *“Manguito Rotador calificado como enfermedad común, favor dar indicaciones en sitio de trabajo y revisión de puesto de trabajo”* (Fl. 32).

(iii) El 21 de septiembre de 2015 la ARL COMPENSAR determinó una valoración médica de Manguito Rotador Hombro Derecho, Bursitis Hombro Derecho y Luxación Antigua Codo Derecho (Fl. 31).

Las precitadas patologías fueron tratadas desde el año 2014, más exactamente desde el 27 de febrero de esa anualidad, el 11 de junio de 2015, 21 de septiembre de 2015, 21 de marzo de 2017, 4 de abril de 2017, 18 de abril de 2017, 11 de agosto de 2017, 19 de enero de 2018, 28 de enero de 2018 y 27 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

febrero de 2018, como da cuenta el recuento de la historia clínica visible a folios 35, 39, 53, 54, 55, 40, 42 a 43, 45, 47 a 48, 49 a 50.

Asimismo, la referida historia clínica advierte que el 26 de marzo de 2018 la demandante acudió a su médico tratante donde se advierte *“PACIENTE DE 35 AÑOS RECEPCIONISTA DOLOR CRÓNICO EN HOMBRO DERECHO REGIÓN CERVICODORSAL CON ESTUDIOS QUE EVIDENCIAN TENDINOPATÍA DEL SUPRAESPINOZO BURSITIS SUBACROMIODELTOIDEA DERECHA (2017) NO MEJORÍA A INFILTRACIÓN BAJO ECOGRAFÍA NI T FÍSICA CON IRRADIADO A REGIÓN CERVICODORSAL, ANTE LO CUAL SOLICITARON ESTUDIOS DE COLUMNA CERVICAL”*.

De la referida historia clínica, también yace a folio 48 documento denominado Procedimientos Internos, Remisiones, Incapacidades/Licencias, el cual describe: *“PACIENTE DE 34 AÑOS CON ANTECEDENTE DE SINDROME DE TUNEL DEL CARPO DERECHO CALIFICADO POR ARL SURA COMO ORIGEN LABORAL, CURSANDO DESDE HACE 3 AÑOS CON DOLOR EN HOMBRO DERECHO A QUIEN HACE 3 AÑOS SE LE REALIZA EXAMENES INDICANDO RENDINOPATIA INCIPIENTE, A QUIEN SE LE REALIZÓ INFILTRACIÓN SIN MEJORÍA DE SINTOMATOLOGÍA, REFIERE HABER SIDO CALIFICADA EPS DEL HOMBRO COMO ORIGEN COMÚN, LABORA COMO RECEPCIONISTA, POR LO TANTO POR ALLAZGOS Y ANTECEDENTES SE INDICA:*

- 1. SE SOLICITA RM DE HOMBRO DERECHO.*
- 2. SE SOLICITA CUADRO HEMÁTICO, ÁCIDO ÚRICO, TSH, GLICEMIA, FACTOR REUMATOIDEO.*
- 3. SE SOLICITA CITA A CONTROL CON FISIATRÍA CON RESULTADOS.”*

Por otra parte, se puede apreciar que la demandada tenía conocimiento de las afectaciones en salud de la demandante según se desprende de la carta de recomendaciones emitida por la ARL el 9 de agosto de 2016 con destino a SANDRA SAAVEDRA, Jefe Nacional de la encartada, documento cuya referencia se denominó *“Actualización de recomendaciones para el desempeño laboral de la señora DIANA MARCELA ROBAYO MUÑOZ C.C. 52869447”*, y que además reitera que la única patología que ha tenido la actora como de origen laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es la denominada “*Síndrome del Túnel del Carpo Derecho*” (Fls. 33 a 34), documento que refiere:

“1. Continuar con el esquema de rotación de tareas entre sí como el manejo del teléfono, atención al cliente, revisión de agendas, dar información verbal, con otras tareas administrativas y todas aquellas que se asignen y contemplen las recomendaciones emitidas por la ARL SURA.

“2. Al realizar tareas de digitalización, escritura o manuales deberá adoptar una postura donde mantenga los ángulos de confort a nivel de sus miembros superiores (hombro, antebrazo, muñeca, dedos).

“3. Implementar periodos de pausas activas cada hora y por un tiempo máximo de 5 minutos, permitiendo a su vez realizar principalmente estiramientos generales a nivel de los miembros superiores (brazos).

“4. Realizar actividades laborales y extralaborales de manera bimanual, alterando las tareas entre la mano derecha y la mano izquierda, por ejemplo alternar el uso de herramientas como el mouse y el teléfono en ambas manos.

“5. De ser indicado por médico tratante, la trabajadora debe utilizar las férulas únicamente en periodos de inactividad y en las noches, no las debe utilizar durante la ejecución de sus actividades laborales.

“6. Seguir las indicaciones y recomendaciones del plan de rehabilitación funcional dado por el equipo médico tratante los cuales le permitirán optimizar el desempeño ocupacional, minimizando los factores de riesgo que se generan en el día a día, preservando el adecuado estado de salud de la trabajadora en el desarrollo de sus actividades laborales y extralaborales para el control de la posible sintomatología.

“7. Estas recomendaciones son para actividades de la vida diaria, lúdicas, y recreo deportivas; de acuerdo a la evolución funcional de la trabajadora se evaluará la vigencia de las mismas”.

En el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de la sociedad demandada, señora ALBA PATRICIA RODRÍGUEZ PULIDO, quien manifestó no tener conocimiento que a la demandante el 1º de enero de 2018 le fuera diagnosticada una enfermedad de origen laboral del túnel del carpo, precisando que dentro de la empresa no existe información de tal patología, ni de otras enfermedades diagnosticadas como de origen común, recalando que lo único que se encuentra en los archivos de la compañía son unas incapacidades que la trabajadora presentó y de las que se reintegró sin ninguna novedad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el procedimiento de la compañía cuando un trabajador presenta recomendaciones médicas es revisar el caso con el Departamento de Seguridad y Trabajo y se da cumplimiento estricto a lo determinado por el médico tratante.

Que la empresa conoció después de interponerse una acción de tutela, la cual dispuso el reintegró de la demandante, sobre unas recomendaciones que se le adecuaron a su puesto de trabajo, por lo que se hizo una reunión con el Especialista de Seguridad y Salud en el Trabajo, quien era su jefe inmediato, y se revisaron las funciones que realizaba a fin de que se cumpliera con tales recomendaciones, adicionando que la compañía aplica unos exámenes periódicos al cargo que desempeña cada trabajador, de ahí que a la demandante también se le efectuaran dichos exámenes.

Expuso que cuando existe conocimiento de un caso médico, el médico ocupacional que revisa los casos presenta informes a la compañía, siendo enfática en indicar que la empresa no cuenta con los soportes de actitud médica, por cuanto hacen para de la historia clínica del trabajador, y que en el evento que la actora haya asistido a los exámenes periódicos, deben reposar los conceptos de aptitud médica en los archivos de la compañía.

Que tiene conocimiento que la demandante informó que presentaba ciertos padecimientos, por lo que para poder confrontar lo pertinente, se le solicitó a la actora que asistiera a cita médica y aportara los soportes, situación que se negó a verificar; refiere además que el 28 de junio de 2018, la EPS le hizo a la trabajadora un examen de reingreso, por lo que se le remitió a la compañía una serie de recomendaciones laborales para con la demandante, las cuales se tuvieron en cuenta y se cumplieron a cabalidad, siendo enfática en que si bien tenían una historia clínica de la demandante, de la misma no se tuvo conocimiento sino solo en el momento en que se instauró la acción constitucional de tutela.

Indicó que al momento en que a la demandante se le dio por terminado su contrato de trabajo no tenía una calificación de pérdida de capacidad laboral, como tampoco se encontraba en algún tratamiento en curso como para que la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empresa hubiese tenido que solicitar para su despido permiso ante el Ministerio del Trabajo.

Puestas así las cosas, contrario de lo decidido por la falladora de instancia, a pesar de que existe prueba fidedigna que en efecto la encartada en su condición de empleadora tuvo conocimiento de las deficiencias en salud padecidas por la demandante, señora DIANA MARCELA ROBAYO MUÑOZ, siendo la del túnel del carpo derecho de origen laboral, como se advierte de las documentales visibles a folios 33 a 34, 37 y 38, lo cierto es que a juicio de esta Corporación y atendiendo las reglas emanadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se dieron los presupuestos mínimos para la configuración de la estabilidad laboral reforzada.

Ello por cuanto las diferentes patologías presentadas, si bien fueron determinadas a la demandante desde el año 2014, igualmente se puede apreciar que se derivaron de un miembro superior, más exactamente lo que se comprende entre su hombro hasta su mano derecha, a tal punto, que la ARL emitió recomendaciones médico laborales a efectos de que la pasiva pudiese adecuar el normal desempeño de sus funciones en el sitio de trabajo, así como mantener un mínimo de condiciones de pausas activas para con la demandante.

A pesar de lo anterior, la connotación padecida por la accionante no advierte que pueda entenderse como una discapacidad si quiera moderada, máxime si se tiene en cuenta que atendiendo la carga de la prueba y el libre convencimiento de la misma al tenor de lo consagrado en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S., lo único que refleja el caudal probatorio son aspectos de salud que en ningún momento impidieron a la trabajadora el normal desempeño de sus funciones, por lo que no es dable estimar que se encontraba en una discapacidad relevante que configurara para la fecha de la terminación del contrato, una estabilidad laboral reforzada, más aún si las recomendaciones médicas emanadas de la ARL no reflejan una afectación de suma urgencia, pues se itera, siempre existió un desempeño de labores.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Debe acotarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reciente sentencia SL3145-2021, Radicación No. 84516 del 7 de julio de 2021, estimó:

“Pues bien, en relación con el problema jurídico planteado, la Sala advierte que le asiste razón a la censura, toda vez que, de manera reiterada, la jurisprudencia de la Sala ha adoctrinado que, para el otorgamiento de la protección de estabilidad laboral reforzada, establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente, por sí sola, cualquier afectación en la salud del trabajador, que estuviera en tratamiento médico o que le hubieran otorgado incapacidades, en la medida en que la operatividad de dicha garantía está condicionada a la acreditación de una situación de discapacidad relevante o significativa, efecto para el cual, tradicionalmente, la Sala ha estimado pertinente identificarla con limitaciones en grados «moderado», «severo» o «profundo», en los términos del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

[...]

“Así las cosas, la Corte ha sido clara a la hora de apartarse de la idea de que la protección de la Ley 361 de 1997 opera ante cualquier contingencia en la salud de los trabajadores, así como del concepto de estado de debilidad manifiesta, para insistir en que esta especial garantía está dirigida a ciertas personas determinadas, con verdaderos estados de discapacidad.

[...]

“Finalmente, la Sala también ha optado por darle aplicación a estos criterios objetivos de identificación de las personas beneficiarias de la especial garantía prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en periodos posteriores a la derogatoria del Decreto 2463 de 2001 (CSJ SL 711-2021 y CSJ SL572-2021).

En ese orden de ideas, las patologías padecidas no implicaban una limitación que incluso impidiera el desarrollo de sus funciones, a tal punto que el tratamiento de las mismas, data del año 2014 y las recomendaciones médicas del año 2016, esto es, mucho antes de la fecha de terminación del contrato de trabajo en el año 2018, sin que se advierta que en tal interregno se haya afectado la capacidad laboral en los términos requeridos por la jurisprudencia antes esbozada.

Debe ponerse de presente igualmente, que tampoco existe evidencia que se hubiese llevado a cabo trámite alguno por la demandante sobre gestiones para la realización de la calificación porcentual de las patologías presentadas;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

circunstancia por la cual, contrario a lo argumentado por la *a-quo*, el requisito de acreditar la discapacidad en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia, es *sine qua non* para la garantía de esta figura, independiente de si el finiquito sucedió por causas objetivas o no como así lo ha adoctrinado nuestro órgano de cierre.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia habrá de ser revocada, para en su lugar absolver a la empresa demandada de las pretensiones formuladas en su contra, como quiera que no basta que se pretenda configurar la estabilidad laboral consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el hecho de que la empresa tenga conocimiento de algunas afectaciones en salud de la trabajadora, sino que además debe existir una certeza total de la limitación o limitaciones para el momento del finiquito, e incluso con posterioridad a este, pero en todo caso dichas limitaciones deben gozar de plena credibilidad y ser relevantes para la configuración de una discapacidad siquiera moderada, pues es allí precisamente que se invierte la carga de la prueba para que sea la pasiva quien refute lo de su cargo, presupuestos todos que no sucedieron dentro del presente asunto.

Finalmente en lo atinente a la pretensión subsidiaria, basta con señalar que a la accionante le fue solucionada la indemnización por despido sin justa causa, por lo cual no es dable acceder a tal pedimento.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

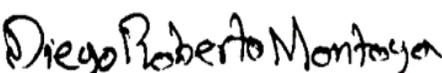
PRIMERO: REEVOCAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2021 por el Juzgado Veintiocho y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a SODEXO S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante señora DIANA MARCELA ROBAYO MUÑOZ.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

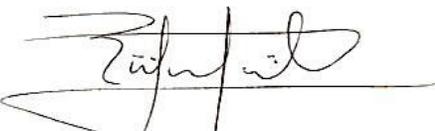
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

La EPS FAMISANAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, integrado por las sociedades FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA CAFETERA S.A., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. y/o FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., FIDUCIARIA DEL COMERCIO S.A., FIDUCIARIA POPULAR S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., FIDUCIARIA DE LA PREVISORA S.A., y contra el CONSORCIO SAYP 2011, conformado por LA PREVISORA S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., a fin que sean condenadas al pago del recobro de los servicios NO POS, hoy NO PBS, con los respectivos intereses de mora, gastos administrativos en un porcentaje del 10%, intereses corrientes, indexación y el resarcimiento de cualquier otro perjuicio acreditado en el plenario.

De manera subsidiaria se las condene a título de enriquecimiento sin causa a solucionar la suma de \$3.775.283.338, correspondientes a las facturas sin pago, con la correspondiente indexación y el pago de cualquier otro perjuicio acreditado en el curso del proceso.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la EPS FAMISANAR asumió el suministro de diversas tecnologías no incluidas en el POS, ante la autorización del Comité Técnico Científico y por orden de tutela, ante lo cual radicó ante el administrador fiduciario las respectivas cuentas de recobro, mismas que fueron glosadas, y por ende, no fueron solucionadas.

Por activa se presentó el desistimiento parcial de las pretensiones, aduciendo que la demanda inicial incluyó un total de 4442 cuentas de recobro, por valor de \$3.375.283.338, no obstante en virtud de lo regulado en el Decreto 19 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2012, radicó nueva auditoría integral de 11 cuentas de cobro, siendo aprobadas para su pago por valor de \$39.439.535; de igual manera en virtud de lo consagrado en la Resolución 832 de 2013, se radicó nueva auditoría, obteniendo aprobación para el pago de 2695 cuentas de recobro, por valor de \$1.880.374.749.

De igual manera, manifestó que se acogió a la Resolución 2940 de 2015, resultando aprobado en nueva auditoría el pago de 357 cuentas de recobro por valor de \$190.658.357, desistiendo de tales pretensiones; adujo además que al haberse acogido a la Ley 1753 de 2015 y la Resolución 4244 de 2015, fueron objeto de aprobación 11 cuentas de cobro por valor de \$60.650.191, por lo que desistía de tales pretensiones, así como de las atinentes a 16 cuentas por valor de \$64.977.445.

En autos del 4 y 24 de octubre y 22 de noviembre de 2016, y del 8 de febrero de 2017 (Fls 630, 633 y 699), se admitió el desistimiento formulado por activa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX, FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., FIDUPREVISORA S.A., y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., integrantes del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, operaron la *litis contestatio* señalando que si bien las cuenta de recobro fueron radicadas ante el ente administrador del FOSYGA, las mismas fueron glosadas por cuanto (i) fueron presentadas extemporáneamente, al haber vencido el plazo de seis (6) meses que consagra el Decreto Ley 1281 de 2002; (ii) no cumplían con los requisitos legales para su reconocimiento, al no haber sido calculadas en debida forma o no haber anexado la factura del proveedor; (iii) incluían el cobro de prestaciones que no habían sido ordenados en los fallos de tutela o por los Comités Técnicos Científicos; o (iv) el usuario reportado en el recobro, no aparecía en la base de datos única de afiliados BDUA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción, caducidad, prescripción e ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, y las de mérito de obligatoriedad de las normas legales e instrucciones emitidas por el entonces Ministerio de la Protección Social para el reconocimiento y pago de las solicitudes de recobro, ausencia de incumplimiento de parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 de las obligaciones legales y reglamentarias que tenía asignadas como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, ausencia de daño, existencia de un mecanismo legal extraordinario para la solución de las controversias generadas, inexistencia de enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de la solicitud de reconocimiento de intereses de mora, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

El MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL operó la *litis contestatio* señalando no constarle los hechos, no obstante señaló que los recobros están sometidos a una auditoría integral con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos, administrativos y financieros.

Propuso y sustentó las excepciones previas de falta de agotamiento de la reclamación administrativa, falta de jurisdicción y competencia, indebida escogencia de la acción, falta de integración del litisconsorcio necesario y prescripción del derecho; y las de mérito que denominó pago parcial de la obligación, culpa exclusiva de quien alega el daño, inexistencia de la obligación y ausencia de la responsabilidad de la demandada.

La FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCILDEX S.A., como integrantes del CONSORCIO SAYP, contestaron la demanda señalando que únicamente efectúa el pago que prescribe el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a través de la ordenación del gasto y autorización de giro, sin que dentro de sus obligaciones se encuentre el surtir el trámite de auditoría integral de recobros, lo cual está en cabeza del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 antes del 30 de septiembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2011, y con posterioridad de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, hoy UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014.

Propuso y sustentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del CONSORCIO SAYP 2011, inexistencia de la obligación indemnizatoria – ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado y enriquecimiento sin causa, el CONSORCIO SAYP 2011 no reemplaza ni responde solidariamente al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, ni a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, hoy UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, imposibilidad jurídica, falta de jurisdicción y competencia, prescripción y las innominadas.

En auto del 25 de enero de 2018 (Fls 767 y 768), se dispuso la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en calidad de sucesora procesal de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., quienes conforman el CONSORCIO SAYP 2011, así como del MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 14 de abril de 2021, condenó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a favor de la EPS FAMISANAR la suma de \$869.088.741, debidamente indexada, por concepto de las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestación de servicios NO POS autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela; denegó las restantes pretensiones y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

Como sustento de su decisión indicó que frente a los recobros objeto de debate se presentaron glosas por diversos motivos, entre ellos que fueron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presentadas extemporáneamente, no haber sido calculados en debida forma o no haber anexado la factura del proveedor; incluir el cobro de prestaciones que no habían sido ordenados en los fallos de tutela o por los Comités Técnicos Científicos y que el usuario no se encuentra en la base de datos única de afiliados BDUA, lo cual además se expuso en el informe técnico del CONSORCIO SAYP 2011.

Señaló que debe tenerse en cuenta el contenido de la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, por la cual se reglamenta los recobros ante el FOSYGA, ello en tanto el objeto del debate es la presentación extemporánea del recobro, toda vez que no está en discusión en el presente evento el hecho que los servicios no estaban incluidos en el PBS, máxime que así se determinó en la fijación del litigio.

La extemporaneidad se constituye en una glosa al no presentarse el recobro dentro de lo términos estipulado para ello, y teniendo en cuenta que los recobros datan de los años 2005 a 2011, resulta aplicable Decreto Ley 1281 de 2002, el cual consagra en su artículo 13 un término de seis (6) meses, señalando que con posterioridad no podrá tramitarse su cobro por vía administrativa, lo cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004, en el entendido que se podrán solucionar vía administrativa si el recobro se verificó dentro de dicho lapso.

De otra parte en la sentencia T-780 de 2008 se señaló que se deben adoptar medidas para efectos de garantizar el recobro de los servicios no incluidos en el PBS, entre ellas, el excluir el proceso de selección de la tutela ante la Corte Constitucional para efectos de proceder con el recobro, no condicionar el recobro a que en la parte resolutive se ordene el mismo, pues se debe limitar a establecer si el servicio se encontraba excluido del PBS.

En ese orden de ideas, vencidos los seis (6) meses, la EPS puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral a fin de reclamar los recobros que no fueron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solucionados por el FOSYGA, acotando además que dicho término se incrementó a un año mediante el Decreto 19 de 2012, artículo 111, lo cual desarrolló el artículo 16 de la Resolución 458 de 2013 y el artículo 33 de la Resolución 5395 de 2013.

En ese orden de ideas, no se estipuló como sanción la exclusión del derecho por el hecho de no haber sido presentado el reclamo en el término conferido para su pago en vía administrativa, por lo cual no es dable exonerar a la accionada por tal aspecto, máxime que tal determinación implicaría afectar el principio de sostenibilidad financiera, en tanto los recursos con que se solucionan los servicios no incluidos en el PBS tienen una destinación específica.

Refiere además que de conformidad con el dictamen pericial practicado en el proceso sobre 1379 recobros pendientes de resolución, en tanto los restantes fueron objeto de desistimiento, en el cual se determinó que la única causal de la glosa correspondía a la extemporaneidad, de los cuales 27 recobros no fueron objeto de condena por cuanto, de conformidad con la experticia, no contaban con el respaldo documental para su pago, en ese orden, emitió condena sobre 1352 recobros por valor de \$1.416.419.884.

Frente a la excepción de prescripción señaló que la obligación se hace exigible para la EPS desde que tenga conocimiento de la prestación de los servicios no incluidos en el PBS y tiene a su alcance presentar la reclamación ante el FOSYGA, la cual además suspende la prescripción hasta el momento en que se notifiquen las glosas, esto es, cuando se agota la reclamación administrativa.

En ese orden de ideas, la radicación de la solicitud de los recobros operó entre el 3 agosto de 2005 y el 16 de febrero de 2011, notificándose las respectivas glosa entre el 20 de diciembre de 2005 y el 26 abril de 2011; acto seguido el 19 de diciembre de 2011 se presentó la solicitud de conciliación prejudicial, con lo cual interrumpió la prescripción, por lo cual operó tal fenómeno jurídico



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

respecto de los recobros cuya glosa fue notificada con anterioridad al 19 de diciembre de 2008, que corresponden a 562 recobros por valor de \$547.331,143, por lo cual los recobros no prescritos ascienden a la suma de \$869.088.741.

En lo atinente a los intereses moratorios señala que el Decreto 1281 de 2002 consagra que el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, lo cual no resulta aplicable al recobro de servicios no incluidos en el PBS, máxime que la accionada no estaba obligada a solucionarlos, en tanto la obligación surge con la presente sentencia, al no haberse radicado oportunamente por vía administrativa, absolviendo por ende al pago de los intereses y accediendo a la respectiva indexación.

Respecto de los gastos administrativos señaló que los mismos no pueden superar el 10% de la UPC de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, y teniendo en cuenta que en el presente evento no operó el referido pago de la UPC, al ser servicios no contemplados en el PBS, no es dable disponer el reconocimiento de dicha pretensión.

Finalmente refiere que la obligación de pago recae en la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, por lo cual absolvió a las restantes accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante FAMISANAR EPS, formuló recurso de alzada en lo atinente a la absolución del pago del 10% correspondientes a gastos administrativos, en los que incurrió la EPS con ocasión de la prestación de servicios no contemplados en el PBS, ello en tanto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

si bien en primera instancia se consideró que los mismos se reconocen dentro de la UPC, lo cierto es que tal consideración no es de recibo al no estar los servicios contemplados en el PBS.

De otra parte que en el dictamen pericial se verificó un cálculo de los referidos gastos administrativos, correspondientes a los cuatro subprocesos de radicación de cuenta médica, liquidación de lo NO POS, el recobro y los costos fijos en general, los que deben ser reconocidos a favor de la EPS.

Por su parte la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES señala que los recobros no cumplen los presupuestos para su pago de conformidad con las glosas combinadas, las cuales no era dable levantar, máxime que el dictamen limitó la controversia a la extemporaneidad, no obstante en el plenario se estableció que la glosa era combinada, frente a lo cual la perito no demostró los conocimientos técnicos para desvirtuarlas, dejando de lado aspectos como el no aportar los anexos pertinentes, error en el cálculo, pago previo por el FOSYGA por encontrarse el servicio en el PBS, o que el usuario no se reportara como afiliado, tal como se adujo en la contestación de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse en el grado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisdiccional de consulta y apelación, si la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-, debe asumir el pago de los recobros que anhela la parte actora, junto con los gastos de administración. En caso afirmativo, determinar si en el presente caso hay lugar a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción.

c. Del recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS:

Por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (artículo 48 C.P).

Asimismo, la H. Corte Constitucional determinó que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.

De cara a lo indicado, la Ley 100 de 1993 se encargó del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, puntualizando que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozan de un régimen de beneficios enmarcados dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS, hoy PBS, recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitalización – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados, para el caso del régimen subsidiado.

No obstante, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de tutela brindó la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los derechos fundamentales. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios NO POS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS, hoy PBS, que fueren autorizados por los Comités Técnico-Científicos, y mediante la Resolución No. 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios NO POS; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones Nos. 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente las Resoluciones 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA y la 832 del 2013, mediante la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros, la Resolución No 1479 del 2015 por la cual se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Debe acotarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075 del 19 de mayo de 2021:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Para dilucidar lo anterior, es importante recordar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 218 dispuso la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, encargada de administrar los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que se maneja por encargo fiduciario, con el fin de lograr una atención sanitaria prioritaria y de calidad para aquellos que la requieren, sean contribuyentes o no.

“Así mismo, el artículo 219 ibidem, estructuró dicho fondo a partir de cuatro subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Fosyga fue sustituida en sus funciones por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, desde el 1 de agosto de 2017, conforme lo establecido en la Ley 1753 de 2015.

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

“El Decreto 1281 de 2002 emitido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 4 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001 y «Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación», en su artículo 1 señala lo siguiente:

“Artículo 1. Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos. Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.

“La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.(Subraya la Sala).

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la Ley 1281 del 2002 en su artículo 7º se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:

"[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

"Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

"En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

"Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fijo el trámite de las Glosas de la siguiente manera:

"Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

En ese orden de ideas, resulta palmario que si la parte accionante cubrió tecnologías y servicios no incluidas en el POS, hoy PBS, tiene a su alcance accionar en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, a efectos de deprecar el pago de los rubros que haya destinado a la cobertura antes mencionada.

Una vez determinado lo anterior se tiene que respecto de los recobros que no fueron objeto de desistimiento, y de conformidad con la prueba pericial practicada al plenario, así como de la revisión de la restante documental, se corrobora que si bien se adujo en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada, que las glosas no solo obedecieron a la extemporaneidad, sino a otros aspectos, puntualmente en que no cumplían con los requisitos legales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para su reconocimiento, al no haber sido calculadas en debida forma o no haber anexado la factura del proveedor; incluir el cobro de prestaciones que no habían sido ordenadas en los fallos de tutela o por los Comités Técnicos Científicos; o que el usuario reportado en el recobro, no aparecía en la base de datos única de afiliados BDUA, lo cierto es que tal aseveración no guarda relación con la realidad procesal.

En efecto, de conformidad con la prueba pericial, los recobros por los cuales accionó FAMISANAR EPS corresponden, tras los efectos de desistimiento, a 1379, los cuales, se señala de manera expresa, *“fueron glosados únicamente por extemporaneidad”*, (dictamen pericial folio 7); de igual manera refiere la experticia (folio 11):

“De conformidad con el Decreto Ley 1281 de 2002 Art. 13 se verificó si los recobros objeto de la demanda fueron Radicados oportunamente, para lo cual se comparó la fecha de la prestación del servicio con la fecha de radicación al FOSYGA, con el fin de verificar si el recobro se tramitó dentro de los seis (6) meses como lo establece la Ley antes mencionada.

“Se analizó el concepto por el cual fueron glosados los recobros por parte del FOSYGA, verificando que todos fueron glosados por extemporaneidad [...]”.

Una vez determinado lo anterior, estima la Sala que le asiste razón al *a-quo* al referir que si bien el Decreto Ley 1281 de 2002, consagra en su artículo 7º que *“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”*, lo cierto es que dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004, *“en el entendido que quedan a salvo los cobros o reclamaciones que se hubieren presentado dentro del término de los seis meses a que alude dicho artículo”*, señalando además la parte considerativa de la referida providencia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La constitucionalidad condicionada de las expresiones “En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido” contenidas en el primer inciso del artículo 13 del Decreto 1281 de 2003:

“Dado que como ya se señaló el Legislador en el ejercicio de su potestad de configuración de los procedimientos administrativos está sometido a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la Corte considera necesario hacer las siguientes precisiones sobre el alcance de la disposición acusada y en particular de las expresiones “En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido” contenidas en el primer inciso de dicha disposición.

“De antemano cabe aclarar i) que con el artículo acusado no se está desconociendo la existencia de las obligaciones a cargo del Fosyga pasados los seis meses a que él alude; la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa, y ii) que el término de seis meses a que alude el artículo acusado ha de contarse lógicamente a partir del momento en que la persona o entidad que debe realizar la reclamación está efectivamente en posibilidad de hacerla ante el Fosyga.

“La Corte considera necesario precisar así mismo que las expresiones “En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido” contenidas en el primer inciso del artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, deben entenderse en el sentido que los cobros o reclamaciones que se hubieren presentado dentro del término de los seis meses a que alude dicho artículo, si podrán ser reconocidos por la administración, pues lo que razonablemente cabe exigir es que la reclamación se presente dentro de dicho término y no que tanto la reclamación como el reconocimiento se realicen dentro de los seis meses a que la norma alude. Téngase en cuenta que la fecha de la presentación de la reclamación depende de quien la hace, en tanto que el reconocimiento depende del Fosyga y que no tendría ningún sentido que se le invocara la norma acusada como fundamento de la imposibilidad para la administración de reconocer y pagar la obligación respectiva a quien efectuó la reclamación dentro del término señalado en ella.

“Ahora bien, dado que las expresiones aludidas pueden llegar a interpretarse en este último sentido, -a saber que los 6 meses aluden al reconocimiento de la obligación y no simplemente a la reclamación -, interpretación que como ya se señaló es contraria al principio de razonabilidad, la Corte declarará la exequibilidad, por los cargos analizados de las expresiones “En consecuencia, no podrá efectuarse por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido” contenidas en el primer inciso del artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, en el entendido que quedan a salvo los cobros o reclamaciones que se hubieren presentado dentro del término de los seis meses a que alude dicho artículo”.

En ese orden de ideas, es claro que el hecho de radicar de manera extemporánea la solicitud de recobro, no aparece como consecuencia el desconocimiento de la obligación a cargo del FOSYGA, hoy ADRES, sino solo la imposibilidad de reclamarlas vía administrativa, motivo por el cual de acreditarse el cumplimiento de los requisitos del recobro, es dable acceder a su pago vía judicial, como acontece en el presente evento.

En ese orden de ideas, al haberse corroborado que las glosas operaron por la extemporaneidad, resulta claro que tal aspecto no puede fundamentar un desconocimiento de la obligación de solucionar las tecnologías no incluidas en el POS, hoy PBS.

Ahora en gracia de discusión, debe señalar que la prueba pericial no se limitó a analizar si se presentaron en término o no los cobros, pues *a contrario sensu*, analizó el cumplimiento de los requisitos llegando a la conclusión que debían excluirse de su reconocimiento (i) el recobro en el cual no guarda correspondencia el MYT y los documentos anexos, toda vez que aparece como dato del afiliado a la señora LIZBETH CRUZ HERRERA y en los documentos anexos del recobro 23952240 aparece el nombre de YAISA AMALIA DE LAS MERCEDES SANABRIA; (ii) los cobros que fueron aprobados con posterioridad a la presentación de la demanda, específicamente el número 1000419 por valor de \$2.771.523; y (iii) los cobros que de manera integral no reúnen los requisitos para ser objeto de recobro, esto es, 25 cobros que presentan inconsistencia en los anexos aportados, tales como falta de claridad del servicio prestado, en su valor unitario o total, o si el servicio está o no contemplado en el POS, hoy PBS.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, un total de 27 recobros fueron excluidos del cálculo verificado en el dictamen pericial, lo cual además, fue acogido por el *a-quo* al desatar la litis en primera instancia.

Debe acotarse además, que la parte accionada sustentó la alzada en que la perito no denotaba conocimientos a fin de emitir el dictamen pericial, o que no tuvo en cuenta las glosas combinadas.

Sobre tal aspecto basta con acotar que la perito es auxiliar de la justicia y acreditó la experiencia ante diversas autoridades judiciales, así como los estudios como contadora pública y administradora de empresas, siendo especialista en ciencias tributarias, aunado a ello que compareció a absolver el interrogatorio frente al dictamen que emitiera sin que en dicha oportunidad se haya cuestionado su idoneidad, por el contrario, contestó con claridad las preguntas frente a la preguntas técnicas y sobre la manera en que se realizó el dictamen, señalando además en su interrogatorio que no existieron glosas combinadas, pues todas aducían a la extemporaneidad, máxime que no se aportó prueba alguna que acredite que se haya incurrido en error en el dictamen, máxime que el mismo fue apreciado según los lineamientos consagrados en el artículo 232 del C.G.P.

d. Indexación:

La indexación ordenada en primera instancia será confirmada, en tanto la actualización monetaria no implica un incremento de la obligación adeudada, sino que tiene por evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, la cual ha referido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, incluso debe ser reconocida de oficio, procedencia que además se sustenta al no haberse proferido condena por concepto de intereses moratorios.

Al respecto, esa Corporación en sentencia SL3239-2021, Radicación No. 85740 del 28 de julio de 2021, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

“Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.

e. Frente a los gastos de administración:

En lo que atañe a este punto de inconformidad, se avizora que en el libelo genitor la parte actora solicitó que se fulminara condena a la pasiva por dicho concepto, señalando en la alzada que del dictamen pericial se logra establecer la causación y el monto de los mismos.

Frente a lo cual debe acotarse que los gastos de administración se encuentran regulados en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, el cual consagra que *“El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación. Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, no resulta dable acceder a tal pretensión, en tanto el referido concepto tal como la normativa referida lo consagra, se cubre con los dineros girados con base en la UPC, tal como lo estimó el *a-quo*. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-262 de 2013, señaló:

“En primer lugar, la Corte ha reconocido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.”

“Dicho beneficio económico –utilidad-, por su propia naturaleza, hace parte de los recursos propios de la EPS y, en consecuencia, es de libre destinación. En este contexto deben ser leídas particularmente las sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, es decir, si bien es cierto la UPC se origina en recursos parafiscales y su finalidad principal es pagar el aseguramiento del POS a cargo de las EPS y sus gastos de administración, la remuneración incluye un margen de utilidad que es propiedad de las EPS. No obstante, la Corte debe precisar que si el porcentaje de los gastos de administración genera excedentes, significa que la fijación de la UPC, que corresponde a los órganos rectores de la seguridad social, fue realizada con base en información desactualizada o no fiable, siendo responsabilidad de las entidades estatales que efectuaron el cálculo, evitar que los dineros de la salud entren, sin justificación suficiente, como recursos propios, a las arcas de las EPS a través de dicho rubro.”

“En segundo lugar, la destinación específica de los recursos parafiscales de la seguridad social ha sido entendida de manera amplia por esta Corporación, en el sentido que comprende, entre otros aspectos, la financiación parcial de las funciones de vigilancia y control que desarrolla la Superintendencia Nacional de Salud y los gastos administrativos de las EPS. Estas actividades tienen en común el ser necesarias para el adecuado y eficiente funcionamiento del SGSSS”.

De otra parte, debe acotarse que las glosas se consignaron con base en la extemporaneidad, debiéndose reiterar que de conformidad con el artículo 7º de la Ley 1281 del 2002 “Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias".

Por ende no es dable acceder al reconocimiento de los gastos de administración tasados en el dictamen pericial, en tanto por activa no se adelantó en término el trámite administrativo para el reconocimiento de los recobros por servicios y tecnología NO POS.

f. De la prescripción:

Finalmente, en el grado jurisdicción de consulta, se debe señalar los recobros datan entre el 3 de agosto de 2005 y el 16 de febrero de 2011 (dictamen pericial folio 7), y que la reclamación administrativa, de conformidad con el artículo 6º del C.P.T. y de la S.S., se surtió con la solicitud de conciliación prejudicial del 19 de diciembre de 2011, por ende, le asistió razón al *a-quo* al declarar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los recobros anteriores al 19 de diciembre de 2008, ello en tanto transcurrieron más de tres (3) años entre dicha calenda, y la fecha en que se interrumpió la prescripción.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2592-2018, Radicación No. 52195 del 4 de julio de 2018, señaló:

"[...]

"Lo anterior, se refuerza en que los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS, prevén que ese reclamo escrito, recibido por el empleador, tiene un efecto jurídico diferente, pues interrumpe el término de prescripción, lo que permite un nuevo recuento del término trienal para su ocurrencia; reclamación que puede elevarse de manera directa, o con la intermediación de un tercero, como lo ha explicado la Corte en la sentencia CSJ SL, 13 feb. 2007, rad. 27246, en la que, por ejemplo, autorizó que ese presupuesto pudiese ser suplido con la reclamación hecha en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

curso de una conciliación, siempre que verse sobre el derecho o prestación y fuera conocida el acta por parte del empleador.

En ese orden de ideas se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

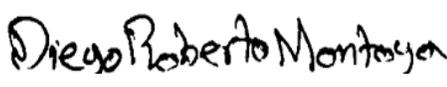
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

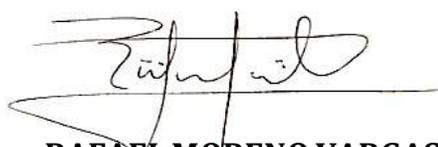
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 26 2019 00755 01
Demandante: FABIOLA EDITH YOMAYUZA MENDOZA
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.
Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de junio del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora FABIOLA EDITH YOMAYUZA MENDOZA formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con el objeto que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la afiliación realizada a COLFONDOS S.A., ante el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a las AFP a registrar la nulidad de la afiliación en su sistema de información; a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los dineros que se hayan depositado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; y a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y actualizar la historia laboral, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 19 de mayo de 1960 e inició a realizar cotizaciones a través de la Policía Nacional desde el 17 de junio de 1980 hasta el 2 de septiembre de 1991. Posteriormente, verificó realizar aportes a CAJANAL a través de la DIAN desde el 2 de septiembre de 1991 al 30 de noviembre de 1994, de tal manera que para el 30 de noviembre de 1994, contaba con 754 semanas.

La AFP COLOFONDOS S.A la persuadió en 1994, para que se vinculara a dicho régimen de pensiones, haciéndole creer que era lo más conveniente, omitiendo informarle sobre las consecuencias del traslado, la naturaleza propia del régimen de capitalización, las desventajas o riesgos de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los escenarios comparativos de cada régimen y los beneficios de mantenerse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, permaneciendo en dicha AFP hasta el 30 de diciembre del 2001.

Posteriormente, realizó cotizaciones a PROTECCIÓN S.A. del 1º de enero de 2002 hasta el 30 de septiembre del 2004, periodo de tiempo en el cual no le informaron las implicaciones de mantener la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se trasladó a PORVENIR S.A. en octubre del 2004 y hasta la fecha se encuentra cotizando para dicha entidad.

El 6 de agosto del 2018 solicitó a las AFP las anulaciones de las afiliaciones y el 14 de agosto del 2018 radicó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, sin que a la fecha, haya obtenido respuesta a sus peticiones.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. al momento de contestar la demanda, se opuso a las pretensiones por cuanto indica que si le brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusiva de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, por cuanto estima que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Formula como medios exceptivos los 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 y la genérica.

PORVENIR S.A. a su vez al momento de contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda en la medida en que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia.

Propone como medios exceptivos los que denomina prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto aduce que esta se encuentra afiliada válidamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formula como medios exceptivos los que denomina prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de junio del 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir de diciembre de 1994; condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Como sustento de su decisión, indicó que de conformidad con el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, las administradoras privadas de pensiones, al construir patrimonios autónomos de los afiliados, le son aplicables las normativas que regulan los encargos fiduciarios y de conformidad con el Decreto 656 de 1994, en su artículo 15, se estipula la obligación de los fondos para establecer mediante un reglamento los derechos y deberes de los afiliados, mismos que deben ponerse de presente al momento de la afiliación.

Como pruebas documentales en este caso se tienen los formularios de afiliación a las AFP y las historias laborales, que dan cuenta de las cotizaciones en los regímenes pensionales; aunado a ello en el interrogatorio de parte de los representantes legales de los fondos privados, se puede dar cuenta que no se dio un relato preciso sobre la afiliación de la demandante. De igual manera, la accionante al absolver el interrogatorio de parte solo señaló que se le brindó la información atinente a que en los fondos privados la pensión se financia mediante ahorro individual, sin darle cuenta sobre el capital mínimo para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acceder a un beneficio pensional, las modalidades de pensión, ni las diferencias entre los regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, al no acreditarse el consentimiento informado de la demandante, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, PORVENIR S.A. sustenta la alzada en que, tal como los ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se deben tomar como actos de relacionamiento, la suscripción de varios formularios por el afiliado, lo cual acredita la intención inequívoca de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De otra parte, que la afiliación cumple con los presupuestos, en tanto estaba facultada para trasladarse de régimen, y no fue presionada ni por su empleador ni por el asesor de la AFP; finalmente que cumplió con el deber de información, teniendo lo dispuesto en la Circular No. 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera, la cual establece como única exigencia que se exprese la voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de afiliación.

Finalmente, que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se destina un porcentaje de la cotización para financiar la pensión de invalidez y de sobrevivientes, aunado a que por ello, tales rubros están sujetos a la prescripción.

Además, es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera en el concepto del 17 de enero de 2020, indicó de forma expresa que en los eventos en que procede la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de las cuentas individuales del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, en consideración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y la comisión de administración.

Por lo anterior, debe declararse la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración o de cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones,.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las



particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A. del 6 de diciembre de 1994 (Fl 244), el traslado horizontal a PROTECCIÓN S.A del 16 de noviembre del 2001 (Fl 222 vuelto) y a PORVENIR S.A. del 27 de julio del 2004 (Fl 285), formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información. Por el contrario, manifestó que se trasladó por primera vez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1994, por cuanto le indicaron que CAJANAL sería liquidado, sin confesar que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se haya brindado una información completa frente a las implicaciones del traslado de régimen pensional, ni las ventajas y desventajas que implicaba tal decisión en su caso particular.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, los cuales, deben retornar de manera íntegra a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora, aun cuando el demandante efectuó cotizaciones y estuvo vinculado a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, antes de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cierto es que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada COLPENSIONES, por ende y, en atención de la liquidación de CAJANAL y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, resulta procedente ordenar a la AFP efectuar el traslado de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que por demás es la que en la actualidad se encarga de la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

De otra parte, en lo que respecta a la apelación en torno a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio del 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 31 2020 00436 01
Demandante: HELADIO JESÚS MÉNDEZ RAMOS
Demandado: COLPENSIONES Y CENTRO DE ASISTENCIA Y
EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la sentencia proferida el 13 de julio del 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HELADIO JESUS MÉNDEZ RAMOS presentó demanda ordinaria laboral contra del CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS y COLPENSIONES, a efectos que se declare que entre el demandante y el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS, existieron dos relaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laborales, entre el 12 de junio de 1969 y el 11 de julio de 1972 y entre el 9 de junio de 1981 y el 31 de marzo de 1993; además, que le asiste el derecho a acceder a la pensión de vejez conforme lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

En consecuencia se condene al CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS, a pagar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES, correspondiente a los aportes en pensiones que omitió solucionar con ocasión de las relaciones laborales que sostuvo con la demandante.

Asimismo, se ordene a COLPENSIONES a cobrar al CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que omitió pagar y a reconocer y pagar la pensión de vejez, los intereses moratorios y la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de septiembre de 1943, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes del año 2003; refirió que sostuvo dos relaciones laborales con el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS (i) entre el 12 de junio de 1969 y el 11 de julio de 1972, y (ii) entre el 9 de junio de 1981 y el 31 de marzo de 1993, no obstante, la empleadora omitió afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, así como pagar los respectivos aportes.

Refiere que el 12 de febrero del 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, entidad que denegó el derecho mediante la Resolución No. SUB 66393 del 9 de marzo del 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al momento de contestar la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que el demandante refleja en su historia laboral un total de 331 semanas cotizadas, comprendidas entre los periodos del 1º de enero de 1967 al 22 de enero de 1998, luego no acredita 500 semanas durante los últimos 20 años.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propone como medios exceptivos los que denomina inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

A su turno, el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA – LAS GAVIOTAS, al dar contestación a la demanda y como sustento de su defensa, indicó que durante la vigencia de la relación laboral no existía cobertura de afiliación, ni llamado a inscripción de los seguros de invalidez, vejez y muerte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en el lugar en que la demandante prestó sus servicios. Por tanto, no tenía la obligación legal de afiliación ni de pago los aportes.

Formula como medios exceptivos de mérito los que denomina tránsito a cosa juzgada, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de julio del 2021, declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre HELADIO JESÚS MÉNDEZ RAMOS y el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS entre el 12 de junio de 1969 y el 11 de julio de 1972, y del 9 de julio de 1981 al 31 de marzo de 1993.

Condenó al CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS a pagar el valor del cálculo actuarial liquidado por COLPENSIONES, tomando como salario base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente, y a COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial y reconocer y pagar la pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por 14 mesadas al año a partir del 12 de febrero del 2017. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión estimó que de conformidad con el material probatorio arrimado al plenario, se aportó una liquidación definitiva de prestaciones sociales, en la cual se registran los extremos de la relación laboral y se constata que devengaba el salario mínimo. Sumado a ello, se aportó la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito en el que se declaró la existencia de los vínculos laborales entre el 12 de junio de 1969 y el 11 de julio de 1972, y del 9 de julio de 1981 al 31 de marzo de 1993.

Posteriormente, procedió a verificar si el empleador está obligado a realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Sobre el particular indica que resulta procedente el pago de los mismos, de conformidad con los Convenios de la OIT integrantes del bloque de constitucionalidad y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que sea dable alegar como fuerza mayor la no cobertura del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Posteriormente, procedió a establecer si con el pago del referido cálculo actuarial el demandante tendría derecho al reconocimiento de la pensión de vejez anhelada. Sobre el particular, estimó que es patente que el demandante es beneficiario del régimen de transición, y por ello, le resulta aplicable el Acuerdo 049 de 1990. Luego, teniendo en cuenta que el demandante cumplió 60 años en el 2003 y acreditaría 1092 semanas, es dable afirmar que cuenta con la densidad exigida por la norma.

Finalmente, consideró que no era procedente el pago de los intereses moratorios, por cuanto la obligación al pago del cálculo actuarial surgió con el presente proceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS interpuso recurso de apelación señalando que se deben tener en cuenta las implicaciones sociológicas y económicas que acarrea la decisión, ello en tanto de conformidad con la sentencia C-506 del 2001, fue el legislador el que de forma progresiva dio lugar a la corrección de la desigualdad acorde al artículo 33 de la ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, no es dable que se imponga únicamente la carga pensional a la ex empleadora, debiendo concurrir frente a los perjuicios causados las instituciones del Estado, motivo por el cual se debe absolver a la demandada y establecerse otro mecanismo para garantizar el acceso a la pensión de vejez del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

actor.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinar si le asiste el derecho al actor a la expedición del cálculo actuarial y la pensión de vejez

c. Del caso en concreto:

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre el señor HELADIO JESÚS MÉNDEZ RAMOS y el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS, existieron dos relaciones laborales entre el 12 de junio de 1969 y el 11 de julio de 1972, y del 9 de julio de 1981 al 31 de marzo de 1993, pues así lo encontró probado el fallador de primer grado y no fue debatido por la pasiva en la alzada.

d. Procedencia del pago del cálculo actuarial:

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que esta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir cobertura en un determinado lugar por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio empezó a construir nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad a partir de la sentencia con radicado No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, en la cual se señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

“Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

“Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS.

“En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

“Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

“Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2016, SL 4072-2017 y la SL5535-2018, por lo que esta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, pues con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, considera la Sala que si bien durante los periodos laborados por el demandante para el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS, no existía la obligación legal de afiliación, en una aplicación sistemática de las normas que regulan la seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se indicó que este aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

A su vez, debe decirse que le asiste razón al *a-quo* al determinar que la elaboración del cálculo actuarial corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el Fondo de Pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en últimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones siempre ha ordenado el pago del respectivo cálculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está.”

Ahora bien, frente al salario a tenerse en cuenta por parte de COLPENSIONES en aras de realizar el cálculo actuarial, debe decirse que corresponde en efecto al salario mínimo legal mensual vigente, pues acorde se desprende de la liquidación de prestaciones que milita a folio (CD FL 1) este era el monto del último salario devengado por el mismo y no existe prueba alguna que permita inferir que llegó a devengar un monto diferente.

Luego resultó acertada la decisión del *a-quo* al ordenar al CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRICOLA LAS GAVIOTAS a cancelar el valor del cálculo actuarial, por los aportes a pensión dejados de realizar durante el periodo de vigencia de la relación laboral y a COLPENSIONES a realizar el respectivo cálculo actuarial.

e. De la pensión de vejez:

Finalmente, como quiera que COLPENSIONES fue condenada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, corresponde a esta Sala proceder a analizar esta condena en el grado jurisdiccional de consulta.

Sobre este punto, tenemos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años, o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

En el presente evento se tiene que el accionante nació el 28 de septiembre de 1943 (CD FL 1), por lo cual para el 1º de abril de 1994 contaba con 50 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición. De otra parte, se desprende del reporte de semanas cotizadas que el promotor a 22 de enero de 1998 contaba con 331 semanas, sumadas a las cuales se deben tener en cuenta las que se generan a consecuencia del pago del cálculo actuarial que aquí se ordena, las cuales corresponde a 761. Luego ello implica que, al 29 de julio del 2005 el actor contaba con más de 750 semanas, por lo que el régimen de transición se extiende hasta el año 2014. Ahora bien, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, consagra:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

“a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

El accionante cumplió 60 años de edad el 28 de septiembre del 2003, data para la cual, acorde lo ya enunciado contaba con un total de 1092, incluyendo se *itera*, las semanas correspondientes al cálculo actuarial. Implica ello que el demandante, en efecto cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, acorde los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, pues acredita 1000 semanas en cualquier tiempo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera es claro que la mesada pensional asciende al salario mínimo legal mensual vigente, aunado a ello que no es dable condenar por este concepto a una suma mayor, en tanto es el tope mínimo establecido en la legislación, estudiándose este punto del debate en el grado jurisdiccional de consulta. Asimismo, en la medida en que se causó la pensión en el año 2003, la prestación debe ser concedida por 14 mesadas al año, acorde se precisó en primera instancia.

Finalmente, en lo que atañe al retroactivo, se tiene que la falladora de primera instancia determinó que lo debería ser a partir del 12 de febrero del 2017, en razón a que aplicó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Siendo así, es menester de la Sala precisar que en material laboral y de seguridad social, los derechos laborales se encuentran sujetos a un término de prescripción trienal, conforme lo estatuto el artículo 151 del C.P.T, en concordancia con el artículo 488 del C.S.T. El cual, es susceptible de interrumpir por una única vez, mediante la presentación de la correspondiente reclamación. Destaca, en igual sentido esta Corporación, que si bien el derecho pensional es de carácter imprescriptible dada su naturaleza, no así las mesadas pensionales que si se ven afectadas por el mismo.

En el presente caso, se corrobora que le demandante solicitó de forma primigenia el reconocimiento de la pensión de vejez el 3 de julio del 2012, reclamación que fue desatada de forma desfavorable mediante la Resolución GNR 022744 del 4 de marzo del 2013, frente a la cual no se interpuso recurso alguno, sino que se presentó una nueva reclamación administrativa el 12 de febrero del 2020, la cual, también se deniega por medio de la Resolución No SUB 66393 del 9 de marzo del 2020.

En tal sentir, como quiera que el término de prescripción tan solo se suspende por una única vez, y una vez el administrado recibe una respuesta por la Administradora se reinicia el conteo del término de prescripción, salta de bulto que al ser radicada la demanda el 2 de diciembre del 2020, estarían prescritas todas las mesadas pensionales causadas con antelación al 2 de diciembre del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2017 y no, desde el 12 de febrero del 2017, como lo determinó el fallador de primer grado.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

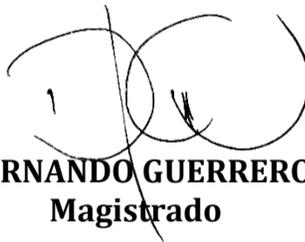
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 13 de julio del 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la pensión deberá ser concedida al demandante desde el 2 de diciembre del 2017.

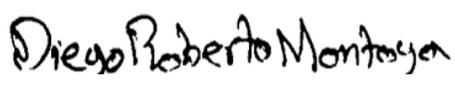
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

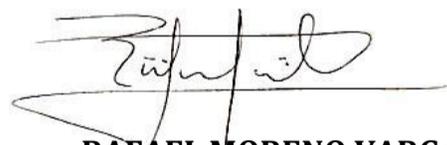
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

emergente, con ocasión al daño antijurídico derivado del rechazo infundado de 77 recobros que ascienden a la suma de \$267.066.356.

De acuerdo a la declaración efectuada en el numeral anterior, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en la modalidad de indemnización del daño emergente; más gastos de administración en la suma de \$26.706.636; en la modalidad de lucro cesante, se condene a la demandada a pagar a la EPS, los intereses moratorios sobre el monto de que trata la pretensión primera y segunda, liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro y la de pago efectivo de su importe, a la tasa máxima de intereses moratorios; junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la EPS SANITAS, autorizó y cubrió el servicio de Cuidador, el cual no está incluido entre los beneficios del POS, hoy PBS, a diferentes usuarios, varias de estas tomadas con fundamento en diversas órdenes de tutela; una vez prestados los servicios, las IPS autorizadas radicaron ante la EPS SANITAS S.A. las correspondientes facturas de venta de servicios, acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación del servicio del mismo para efectos de su cancelación; debido a que los servicios no se encontraban incluidos en el POS, la EPS SANITAS S.A. procedió a elevar a reclamación destinada a su pago, al administrador del encargado fiduciario del FOSYGA, teniendo en cuenta los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico.

De forma tal que se radicaron ante el consorcio FOSYGA un total de 77 solicitudes de recobro, que corresponden a 97 ítems, unificados por usuario, junto con los correspondientes soportes; lo cual, se efectuó conforme al procedimiento administrativo especial de recobro.

Pese a que se trató de servicios médicos no incluidos en el POS, cuya prestación obedeció a órdenes judiciales, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

representado por el FOSYGA, glosó los recobros reclamados con fundamento en la causal *“601 La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios”*.

En su momento la EPS SANITAS objetó las negaciones a través del formato MYT 04, por medio del cual se efectuaron las aclaraciones o correcciones correspondientes respecto a las presuntas fallas detectadas por la autoridad. La EPS SANITAS recibió por parte del consorcio el resultado de la auditoria mediante comunicación recibida el 16 de julio del 2021.

Con todo, el 30 de septiembre del 2015, realiza por segunda vez una nueva reclamación contentiva de las reclamaciones dirigidas al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna.

A través de nota externa 201433200296233 del 10 de noviembre del 2014, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL dispuso el reconocimiento y pago de exclusiones del POS que no corresponden a servicios que no pueden ser financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud e impone que el servicio se haya suministrado al usuario por orden judicial.

Con auto del 8 de octubre del 2018, se dispone tener como sucesor procesal del Ministerio de Salud y Protección Social, quien era el administrador del FOSYGA a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Con auto del 4 de marzo del 2019, el fallador de primer grado tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de junio del 2021, condenó al ADRES a pagar al demandante la suma de \$149.811.152, por concepto de 53 *ítems*, debidamente indexada desde el 14 de marzo del 2016 hasta la data de su pago; absolvió a la demandada de los demás recobros que eran objeto de la presente acción, es decir 44 *ítems* de recobro, y declaró frente a los mismos que no se cumplen los requisitos legales.

Como sustento de su decisión indicó que el artículo 21 de la Ley 1127 del 2007 y la Resolución 3047 del 2008, aplicables al caso, puesto que se encontraban vigencia de la fecha en la que se prestaron los servicios, se establece en su anexo técnico 5 los requisitos que deben allegarse a cada recobro para efectos de que proceda el pago de los mismos como lo son: (i) la factura o documento equivalente que representa el soporte legal de acuerdo con un prestador de servicios a la entidad responsable, (ii) la relación discriminada de cada usuario descrita en cada uno de los *ítems* resumidos en la factura debidamente valorizada, (iii) la autorización que corresponde al aval prestación de un servicio de salud de parte de una entidad responsable del pago de un usuario a un prestador de servicio determinado, (iv) el resumen de atención, el resumen de la historia clínica, y la copia del fallo de tutela o acta del CTC que dé cuenta de la orden de la prestación del servicio.

Respecto a tres recobros se dispone en el no pago de los mismos, dado que no obra en el plenario las correspondientes imágenes relacionadas específicamente con la acción de tutela que dispuso la prestación de este servicio. Por ello estos recobros los cuales no obra la correspondiente tutela son: (i) el 105116648, cuidador domiciliario 24 horas a nombre de la usuaria Vásquez de Reyes Rosa con valor de \$2.814.000, (ii) el recobro 105112768, cuidador domiciliario 24 horas Encinales Juan Gregorio por valor de \$2.907.800 y (iii) el 1recobor 05113230 Monsalve Quintero María, cuidador domiciliario 24 horas por valor de \$8.660.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Considera por el despacho que no obstante que el cuidador no se trataría de un servicio del ámbito propiamente la salud, es decir, que no está incluido en el POS, no tendría que ser cubierto con recursos de la salud, sin embargo en la medida que se ordene por parte de los jueces de la República su reconocimiento o provisión procede el recobro. Luego, existe derecho al pago de 53 recobros, por un valor de \$149'811.152.

Las atenciones de auxiliar de enfermería si están incluidos en el POS, así como lo manifiesta también la sentencia T-578 de 2014 como el Acuerdo 03 de 2009 así se preste en el domicilio, puesto que es prestado el mismo servicio por personal médico. Por ello los siguientes casos no se cobran por estar incluidos en el POS, los cuales corresponden a 41 recobros.

Recalcó que en los recobros se establece el servicio de cuidador, no obstante se tiene como presupuesto para analizar cada situación particular que se allegue el correspondiente informe que rinda cuenta respecto a las funciones que cumplen, evidenciándose que se trata del servicio de enfermería, por lo cual no procede el recobro.

Frente a los gastos administrativos no se reconocen por ser gastos destinados para arribar a la instancia judicial; frente a los intereses moratorios los mismos se consagran en vía administrativa, pero no en la vía judicial. Por lo tanto, se accede a la pretensión subsidiaria que es pagar debidamente indexados la suma que es objeto de condena \$149'811.152 desde la fecha de presentación de la presente acción el 14 de marzo del año 2016 y hasta su pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante interpone recurso de apelación respecto a los recobros que no fueron reconocidos, aduciendo frente a los 3 recobros que se adujo no cuentan con los soportes, que se debe verificar una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

depuración a fin de determinar si reposan los documentos pertinentes para acceder al pago.

Respecto de los restante ítems relacionados con servicios de enfermería, que el servicio se prestó por fuera de las clínicas, IPS o centros médicos, por ende su naturaleza corresponde a la de cuidador.

En lo atinente al reconocimiento de los intereses de mora, se debe acceder a tal pedimento en virtud de lo establecido en la normatividad vigente, y frente a los gastos administrativos, los mismos hacen alusión al manejo interno y a un sobre costo administrativo al que se ve impelida la EPS al tener que solucionar una prestación no contemplada en el plan de beneficios.

A su turno, la demandada presenta recurso de apelación en el refiere que se omitió tener en cuenta que conforme a los medios de prueba aportados, como el perito técnico, se evidenció el incumplimiento de algunos de los requisitos previstos por la ley o reglamento y que da como resultado la aplicación de una glosa, demostrándose de este modo que los recobros objeto de la litis desconocen los requisitos previstos por su presentación al Comité de Auditoría.

Al respecto, los recobros objeto de condena ya fueron cancelados al no estar excluidos del POS, hoy PBS, ello en tanto los servicios de “auxiliar de enfermería” y “cuidador domiciliario por auxiliar de enfermería”, entre otros, están incluidos en el plan de beneficios el POS, y por su parte el servicio de cuidador se encuentra excluido.

En este punto, no se puede confundir exclusión con no inclusión, toda vez que la primera obedece aquellos servicios cuya finalidad no sea la promoción de la salud, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad y los servicios de salud conexos, así como las complicaciones que surgen de las atenciones en los eventos se cumplan los criterios de no financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se puede encontrar sustento normativo y expresamente cuáles son los criterios para determinar qué medicamentos, insumos y servicios se encuentran excluidos del POS, específicamente en el artículo 10 del Acuerdo 08 del 2009, artículo 6 del Acuerdo 09 del 201, artículo 154 de la Ley 1450 del 2011 y el artículo 130 de la Resolución 5521 del 2013, vigentes para la época de la prestación de los servicios.

Es importante también tener en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que las exclusiones son las determinadas por el Ministerio de Salud en las listas que se emiten, las cuales tienen un carácter taxativo, y en concordancia con el principio de integralidad su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Refiere que en la Circular 017 de 2017 se establece que las entidades promotoras de salud no deben negar los servicios que hacen parte integral del plan de beneficios, como tampoco promover acciones o mecanismos para que los pacientes que tienen amparados dichos servicios gestionen otros desligados de los ámbitos propios de la salud

Solicita se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial en el cual se determinó que pese que el Decreto 5261 de 1994 no establece de forma expresa que los servicios prestados por la actora son POS, de la interpretación sistemática realizada y en consideración con lo expuesto en la sentencia T-313 de 2014, las interpretaciones de las inclusiones deben ser amplias.

Por otro lado, si bien es cierto que dentro del proceso no se contestó la demanda, también es cierto que se presentaron alegatos de conclusión en los que se detallaba el fenómeno de la prescripción, conforme a lo regulado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., así como la prescripción especial de dos años posterior a la devolución de la glosa.

Es de advertir que si bien es cierto no se podía presentar las excepciones propuestas porque no se dio contestación de la demanda, es de recibo el estudio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la prescripción a fin de no proceder con un pago doble de los recursos de la salud. Por último, que al no ser procedentes estas condenas, tampoco lo puede ser el pago de la indexación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse en el grado jurisdiccional de consulta y apelación, si la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, debe asumir el pago de los recobros que anhela la parte actora, junto con los intereses y gastos de administración. En caso afirmativo, determinar si en el presente caso hay lugar a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción, pese a que la demanda se tuvo por no contestada.

c. Del recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS:

Sabido es que por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (artículo 48 C.P).

Asimismo, la H. Corte Constitucional determinó que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.

De cara a lo indicado, sí bien la Ley 100 de 1993 al encargarse del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, se encargó de puntualizar que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozan de un régimen de beneficios enmarcados dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados, para el caso del régimen subsidiado.

No obstante, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tutela brindó la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los derechos fundamentales. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios NO POS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS, hoy PBS, que fueren autorizados por los Comités Técnico-Científicos, y mediante la Resolución No. 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios NO POS; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones Nos. 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente las Resoluciones 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA y la 832 del 2013, mediante la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros, la Resolución No 1479 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2015 por la cual se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la ley 1281 del 2002 en su artículo 7° se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:

"[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

"Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

"En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

"Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fijo el trámite de las Glosas de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

Ahora, en lo tocante al principio de integralidad, vale la pena indicar que el mismo comporta la obligación de las EPS de suministrar un servicio integral en salud, el cual vale la pena señalar, implica que las enfermedades de los afiliados se deben atender de forma completa, oportuna y eficiente, suministrando todos los tratamientos y medicamentos requeridos. En tal sentir, precisó en la sentencia T-010 del 2019, lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ha considerado la jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como sobrellevar su enfermedad”

Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a establecer si en el *sub-lite* hay lugar a ordenar el pago de los recobros anhelados por la EPS demandante.

d. Del caso en concreto:

Descendiendo al caso que hoy nos atañe, avizora la Sala que en el libelo genitor la actora anhela el pago de recobros por valor de \$293.772.992, por cuanto estima que todos se encuentra excluidos del POS o PBS. Pedimentos que, fueron parcialmente acogidos por el fallador de primer grado, quien estimó que 53 de estos ítems en efecto eran NO POS o PBS y por ende sí había lugar a su reconocimiento y pago. Pero, excluye los restantes. Tres de estos, por cuanto no se aportó al plenario los soportes de la acción de tutela que dieron lugar a la prestación de estos servicios y los restantes, por considerar que acorde lo descrito en la prestación se trataba de servicios de enfermería, el que está cubiertos por el POS, hoy PBS.

Ahora, uno de los reparos que se plantea en la alzada, estriba en que no se tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido en juicio. Sobre este punto, debe confirmar la Sala que en efecto hecha de menos en la sentencia de primer grado un análisis acucioso del dictamen pericial, presentado por el perito FERNANDO QUINTERO BOHORQUEZ, médico especializado en Auditoria médica y Gerencia de Organizaciones de Salud.

Peritaje que obra en un cuaderno a parte que contiene 107 folios y en el cual se define que, 94 de los recobros que se presentan son NO POS y que los 3 restantes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aunque son NO POS, no cuentan con imagen en tanto adolecen de los soportes requeridos.

Ahora, en lo que atañe a estos 3 recobros se constata que los mismos, corresponden a los mismos que determinó el fallador de primer grado que no podían ser tenidos en cuenta, en la medida en que no existía el soporte de las acciones de tutela en las cuales se ordenó su pago y que corresponden, a los siguientes:

Radicado Fosyga	No. Ítem	Tipo de documento	Número de identificación	Nombre	Servicio
105112648	6	CC	28051461	VASQUEZ DE REYES ROSATILIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS
105112768	2	CC	884822	ENCINALES JUAN GREGORIO	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS
105113230	1	CC	21433808	MONSALVE QUINTERO MARIA ENRIQUETA	CUIDADOR DOMICILIARIA POR CUIDADOR 24 HORAS

Ahora, constata la Sala al revisar los documentos que se allegaron con los anteriores recobros que en efecto no existe soporte probatorio alguno que permita establecer que fueran ordenados vía acción de tutela. Por manera tal que, sin lugar a otro tipo de elucubraciones, no cabe duda alguna en cuanto a que no hay lugar al pago de los mismos y en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

En lo que respecta a los recobros restantes, se tiene que 53 de los mismos, los tuvo el fallador de primer grado como NO POS, en la medida en que correspondían a servicios de cuidador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a esta figura, se debe advertir que la misma corresponde en efecto a la contratación de una persona que brinda acompañamiento a quien se encuentra en un estado de dependencia y que conforme se establece en el peritaje allegado, se encuentra excluido de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Lo anterior, en la medida en que no se trata de una persona calificada y el servicio no tiene por objeto la recuperación del estado de salud del paciente. Argumento que se acompasa en efecto al criterio que estableció la Corte Constitucional en la sentencia T- 154 del 2014, como se cita en el dictamen, y que se ajusta al criterio imperante a la actualidad y que se puede evidenciar en la sentencia T-260 del 2020, en la cual no solo se ratifica su naturaleza, sino que adicionalmente se precisa que no se encuentra dentro del PBS, al indicar:

“Con relación a los cuidadores, la Sala resalta tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas. (ii) Esta figura es definida como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, una EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale, tal y como pasa a explicarse.

57. En efecto, esta Corte ha entendido que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido se entiende incluido y, por ende, debe prestarse. Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019, pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019”.

Por lo enunciado, no cabe duda alguna que los 53 recobros por los cuales se fulminó condena en primer grado, en efecto no hacen parte del PBS y por lo tanto,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la condena que se fulmina por estos, en cuantía de \$149.811.152, se mantendrá incólume.

Decantado lo anterior, sobra por determinar si los 41 recobros restantes, por valor de \$102.853.404, en efecto hacen parte del POS por ser servicios de enfermería como lo alude el fallador de primer grado, o realmente son servicios que no están cubiertos por el POS o PBS, como lo determinó el perito.

Sobre este puntual aspecto, encontramos que los 41 recobros los tuvo en cuenta el perito como NO POS o NO PBS, en la medida en que el recobro se generó como “Auxiliares de enfermería cuidador domiciliario”, los cuales por estar bajo la denominación de cuidador, determinó que estaban excluidos del POS. Sin embargo, el fallador de primera instancia estimó que no se podía equiparar un cuidador a un Auxiliar de Enfermería y por ello, como servicio de enfermería, estaría cubierto por el POS.

En lo que a este aspecto atañe, vale la pena advertir que efectivamente la Corte Constitucional ha realizado una distinción entre el servicio de cuidador y el servicio de enfermería y así lo explicó en la sentencia T-260 del 2020, al indicar:

“El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador. En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

55. En cuanto al servicio de auxiliar de enfermería, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud; (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,^[81] como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.”

Criterio que ya había sido expuesto en la sentencia T-423 del 2019, al explicar:

“Las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.”

Implica lo enunciado que se debe determinar si esos recobros realmente correspondían a un servicio de cuidador, y por ende no requería la persona de contar con ninguna experticia técnica o profesional para prestar el servicio, caso en el cual, en efecto estaba excluido del POS o PBS. O si por el contrario se trataba de un servicio que en razón de la enfermedad o patología, requería de un profesional médico que lo brindara y por ende, se había dispuesto mediante orden médica, caso en el cual, si estaba cubierto por el POS o PBS, acorde el Acuerdo 008 del 2009, en cuyo Anexo 2, establece dentro del listado de procedimientos con el Número 4320, Código 890105 la atención domiciliaria por enfermería.

Siendo así, al proceder a analizar la Sala que servicios médicos fueron prestados por Auxiliares de Enfermería o Enfermeros, acorde la orden médico tratante, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

corroborar que las mismas corresponden de forma exclusiva a 36 recobros, pues los restantes, no cumplen con los requisitos enunciados. Estos 36 recobros serían los siguientes:

No	Radicado Fosyga	identificación Número	Nombre	Servicio	Valor de Recobro	OBSERVACIÓN
1	105112655	91523381	CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.831.400	Paciente CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO a quien su médico tratante le diagnostico CIE10 R268 Otras anomalías de la marcha y de la movilidad y las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA.
2	105112655	91523381	CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$2.962.200	Paciente CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO a quien su médico tratante le diagnostico CIE10 R268 Otras anomalías de la marcha y de la movilidad y las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE.
3	105112683	58559	TORRES RAMOS JOSE GREGORIO	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.925.780	Paciente TORRES RAMOS JOSE GREGORIO a quien su médico tratante le diagnóstico CIE10 I698 Secuelas de otras



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

						enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA.
4	105112683	58559	TORRES RAMOS JOSE GREGORIO	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940	Paciente TORRES RAMOS JOSE GREGORIO a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE.
5	105112696	403429	RIVAS MUÑOZ ALFONSO	CUIDADO DOMICILIARIO DIA 8 HORAS POR ENFERMERIA	\$455.000	Paciente RIVAS MUÑOZ ALFONSO a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 N189 Insuficiencia renal crónica, no especificada, por lo que considera ordenar CUIDADO DOMICILIARIO DIA 8 HORAS POR ENFERMERIA.
6	105112697	1007016691	VILLEGAS CUCALON MARIANA	CUIDADOR DOMICILIARIO POR AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA	\$2.923.380	Paciente VILLEGAS CUCALON MARIANA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 F842 síndrome de rett, por lo que considera ordenar CUIDADOR



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

						DOMICILIARIO POR AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA.
7	105112700	2566719	RAMIREZ RAMIREZ DIOGENES	CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 12 HORAS	\$1.892.300	Paciente RAMIREZ RAMIREZ DIOGENES a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 12 HORAS
8	105112706	35319772	DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA	CUIDADOR DOMICILIARIO POR AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA	\$2.925.780	Paciente DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I694 Secuelas de accidente vascular encefálico, no especificado como hemorrágico o isquémico, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO POR AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA.
9	105112706	35319772	DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA	CUIDADOR DOMICILIARIO POR AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE	\$3.060.940	Paciente DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I694 Secuelas de accidente vascular encefálico, no especificado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

						como hemorrágico o isquémico, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO POR AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE.
10	105112729	1426128	MOSQUERA CHAUX ALVARO	CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 24 HORAS	\$3.369.500	Paciente MOSQUERA CHAUX ALVARO a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 24 HORAS
11	105112730	20519354	QUIJANO DE CASTRO ALICIA RITA JOSEFINA	CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 24 HORAS	\$3.371.800	Paciente QUIJANO DE CASTRO ALICIA RITA JOSEFINA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA.
12	105112733	1065442271	PENAGOS SARRIA NATALIA	CUIDADOR DE ENFERMERIA POR 24 HORAS	\$2.973.600	Paciente PENAGOS SARRIA NATALIA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 R620 Retardo en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

						desarrollo, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.
13	105112788	35319772	DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA CUIDADOR DOMICILIARIO	\$2.923.380	Paciente DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA CUIDADOR DOMICILIARIO
14	105112788	35319772	DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA	AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE CUIDADOR DOMICILIARIO	\$3.060.940	Paciente DELGADO MONTENEGRO LUZ STELLA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA.
15	105112798	21104645	ORJUELA DEVEGA EVANGELINA	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA CUIDADOR DOMICILIARIO	\$2.073.960	Paciente ORJUELA DEVEGA EVANGELINA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA CUIDADOR DOMICILIARIO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

16	105112798	21104645	ORJUELA DEVEGA EVANGELINA	AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE CUIDADOR DOMICILIARIO	\$2.172.280	Paciente ORJUELA DEVEGA EVANGELINA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE CUIDADOR DOMICILIARIO.
17	105112801	1010112156	VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA CUIDADOR DOMICILIARIO	\$2.923.380	Paciente VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G934 Encefalopatía no especificada, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA CUIDADOR DOMICILIARIO.
18	105112801	1010112156	VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY	AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE CUIDADOR DOMICILIARIO	\$3.060.940	Paciente VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G934 encefalopatía no especificada, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA
19	105112810	59705801	ALVAREZ RIVERA MARIA EUGENIA	CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 6 HORAS	\$1.413.600	Paciente ALVAREZ RIVERA MARIA EUGENIA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 T913



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

						Secuelas de traumatismo de la medula espinal, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA.
20	105112818	25255245	RAMIREZ DE DELGADO ELVIRA	CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 24 HORAS	\$2.815.000	Paciente RAMIREZ DE DELGADO ELVIRA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 F019 Demencia vascular, no especificada, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA.
21	105112819	25585416	HERRERA DECABANA CARMEN	CUIDADOR DE ENFERMERIA 12 HORAS	\$1.437.600	Paciente HERRERA DECABANA CARMEN a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA 12 HORAS.
22	105112821	25585416	HERRERA DECABANA CARMEN	CUIDADOR DE ENFERMERIA 12 HORAS	\$1.299.600	Paciente HERRERA DECABANA CARMEN a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

23	105112822	25585416	HERRERA DECABANA CARMEN	CUIDADO R DE ENFERME RIA 12 HORAS	\$1.299.600	Paciente HERRERA DECABANA CARMEN a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.
24	105112912	25255245	RAMIREZ DE DELGADO ELVIRA	CUIDADO R DOMICILI ARIO DE ENFERME RIA 24 HORAS	\$3.437.080	Paciente RAMIREZ DE DELGADO ELVIRA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 F03X, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 24.
25	105112914	2566719	RAMIREZ RAMIREZ DIOGENES	CUIDADO R DOMICILI ARIO DE ENFERME RIA 12 HORAS	\$2.310.603	Paciente RAMIREZ RAMIREZ DIOGENES a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G825 Cuadriplejia, no especificada, por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA 12 HORAS.
26	105112916	29275130	SCHNEIDER DE GIRALDO ROSALBA	CUIDADO R DOMICILI ARIO DE ENFERME RIA 24 HORAS	\$3.421.680	Paciente SCHNEIDER DE GIRALDO ROSALBA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 F009 Demencia en la enfermedad de Alzheimer, no especificada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

						(g30.9), por lo que considera ordenar CUIDADOR DOMICILIARIO DE ENFERMERIA.
27	105112926	25250020	DELGADO DE DORIA FILOMENA	CUIDADOR DE ENFERMERIA POR 6 HORAS	\$740.500	Paciente DELGADO DE DORIA FILOMENA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 J449 Enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no especificada, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.
28	105113249	25250020	DELGADO DE DORIA FILOMENA	CUIDADOR DE ENFERMERIA POR 6 HORAS	\$740.500	Paciente DELGADO DE DORIA FILOMENA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 N189 Insuficiencia renal crónica, no especificada, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.
29	105624827	1065442271	PENAGOS SARRIA NATALIA	CUIDADOR DE ENFERMERIA POR 24 HORAS	\$2.517.600	Paciente PENAGOS SARRIA NATALIA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 R620 Retardo en desarrollo, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.
30	105624828	25250020	DELGADO DE DORIA FILOMENA	CUIDADOR DE ENFERMERIA POR 6 HORAS DIA	\$740.500	Paciente DELGADO DE DORIA FILOMENA a quien su médico tratante le diagnosticó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

						CIE10 N189 Insuficiencia renal crónica, no especificada, por lo que considera ordenar CUIDADOR DE ENFERMERIA.
31	105456699	41518669	SUAREZ DE DURAN MARIA TERESA	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.737.020	Paciente SUAREZ DE DURAN MARIA TERESA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO.
32	105456699	41518669	SUAREZ DE DURAN MARIA TERESA	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$2.863.460	Paciente SUAREZ DE DURAN MARIA TERESA a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 I698 Secuelas de otras enfermedades cerebrovasculares y de las no especificadas, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE.
33	105456721	1010112156	VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.831.400	Paciente VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G934 encefalopatía no especificada, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

						CUIDADOR DOMICILIARIO DIA.
34	105456721	1010112156	VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$2.962.200	Paciente VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G934 encefalopatía no especificada, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE.
35	105456722	1001218427	MEDINA CHAPARRO JUAN FELIPE	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.831.400	Paciente MEDINA CHAPARRO JUAN FELIPE a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G808 Otros tipos de parálisis cerebral infantil, por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA.
36	105456807	2224204	ORDOÑEZ HERNANDEZ HECTOR	AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.737.020	Paciente ORDOÑEZ HERNANDEZ HECTOR a quien su médico tratante le diagnosticó CIE10 G20X , por lo que considera ordenar AUXILIAR DE ENFERMERIA CUIDADOR.

Por manera que no sería 53 recobros NO POS o PBS, pendientes de pago, sino 58, por valor de \$164.560.693, que corresponden a los siguientes:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

No	Radica do Fosyga	ítem	Número de identificación	Nombre	Servicio	Valor de Recobro
1	1051126 50	1	37794621	PEREZ SALOME	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS	\$2.626.400,00
2	1051126 57	1	1097108369	HERRERA ARGUELLO THOMAS SANTIAGO	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.407.000,00
3	1051126 61	1	27911142	PEREZ DE QUINTERO IRMA SOFIA	CUIDADOR PRIMARIO DOMICILIARIO 24 HORAS	\$3.631.200,00
4	1051126 65	1	1110542952	RUBIO MURCIA DANIEL FERNANDO	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$3.600.000,00
5	1051126 86	1	41316829	SIERRA BUITRAGO BEATRIZ	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS	\$2.679.000,00
6	1051126 93	1	1110542952	RUBIO MURCIA DANIEL FERNANDO	CUIDADOR 12 HORAS	\$3.720.000,00
7	1051127 03	1	26915363	PEÑARANDA PEREZ TERESA DE JESUS	CUIDADOR DOMICILIRIO	\$4.671.041,00
8	1051127 05	1	27758462	IBAÑEZ DETRIGOS ANA LUCIA	ATENCION CUIDADOR DOMICILIARIO LAS 24 HORAS	\$3.097.600,00
9	1051127 20	1	37814124	OSORIO GUERRERO CECILIA	CUIDADOR 24 HORAS	\$7.440.000,00
10	1051127 21	1	2306129	VARGAS GONZALEZ JOSE MARIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS DIA	\$1.410.000,00
11	1051127 73	1	38980177	PADILLA VILLADIEGO CARMEN CECILIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$4.340.000,00
12	1051128 08	1	37794621	PEREZ SALOME	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$46.900,00
13	1051128 08	2	37794621	PEREZ SALOME	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS	\$2.814.000,00
14	1051128 13	1	1065442271	PENAGOS SARRIA NATALIA	CUIDADOR DOMICILIARIO POR 24 HORAS	\$2.877.600,00
15	1051128 31	1	2924111	JIMENEZ VALLECILLA LUIS ENRIQUE	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$2.876.632,00
16	1051128 36	1	31235868	CARMONA CASTAÑO ROSA MARIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$2.879.032,00
17	1051128 38	1	41315437	LOPEZ MAYOR STELLA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$2.854.132,00
18	1051129 22	1	17012320	QUINCHE VASQUEZ NESTOR WILLIAM	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.923.380,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

19	1051129 22	2	17012320	QUINCHE VASQUEZ NESTOR WILLIAM	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940,00
20	1051129 24	1	91523381	CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.925.780,00
21	1051129 24	2	91523381	CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940,00
22	1051129 25	1	17012320	QUINCHE VASQUEZ NESTOR WILLIAM	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.826.600,00
23	1051129 25	2	17012320	QUINCHE VASQUEZ NESTOR WILLIAM	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$2.962.200,00
24	1051129 89	1	27913067	CASTILLO BUENO ISABEL	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.925.780,00
25	1051129 89	2	27913067	CASTILLO BUENO ISABEL	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940,00
26	1051129 92	1	2207210	CHACON PRADA JORGE ERNESTO	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.925.780,00
27	1051129 92	2	2207210	CHACON PRADA JORGE ERNESTO	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940,00
28	1051130 15	1	37814124	OSORIO GUERRERO CECILIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS	\$8.680.000,00
29	1051130 16	1	1110542952	RUBIO MURCIA DANIEL FERNANDO	CUIDADO ATENCION DOMICILIARIA POR CUIDADOR 12 HORAS	\$4.340.000,00
30	1051130 22	1	13810790	ROMAN GONZALEZ JOSE ANTONIO	CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS	\$2.905.400,00
31	1051130 75	1	91523381	CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.925.780,00
32	1051130 75	2	91523381	CARDENAS CORZO GERMAN AUGUSTO	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940,00
33	1051130 76	1	27938616	AFANADOR DEGUTIERREZ JOSEFINA	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.925.780,00
34	1051130 76	2	27938616	AFANADOR DEGUTIERREZ JOSEFINA	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$3.060.940,00
35	1051130 81	1	26742367	RAMIREZ DE ARANZALEZ NUBIA DEL CARMEN	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.642.640,00
36	1051130 81	2	26742367	RAMIREZ DE ARANZALEZ NUBIA DEL CARMEN	CUIDADOR DOMICILIARIO NOCHE	\$2.764.720,00
37	1056247 39	1	24442887	HAMBRA DE RUIZ MARIA LYRA	CUIDADOR PRIMARIO	\$2.700.000,00
38	1056247 40	1	27758462	IBAÑEZ DETRIGOS ANA LUCIA	CUIDADOR DOMICILIARIO LAS 24 HORAS	\$2.997.600,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala de Decisión Laboral

39	1056248 20	1	6488412	CARDONA CORREA RUBIEL HERNANDO	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.393.080,00
40	1056248 21	1	19082336	TALERO DAZA LUIS ENRIQUE	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.368.180,00
41	1056248 23	1	38441142	SANCHEZ DE VALENCIA FLOR ALBA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.393.080,00
42	1056248 25	1	1114547240	HERRERA DIAZ ISSABELA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.390.680,00
43	1056248 26	1	29145463	VIEDMAN RODRIGUEZ IRMA CARLINA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.393.080,00
44	1056248 93	1	38951047	REYES HERMINIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$2.786.160,00
45	1056249 06	1	41554826	RAMIREZ DIAZ MARIA CONSTANZA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.439.516,00
46	1056249 07	1	25251509	MORENO DE CORTES JOSEFINA DEL SOCORRO	SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS	\$2.820.000,00
47	1056249 13	1	29065020	CABAL SALAS LEONOR	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$2.786.160,00
48	1056249 14	1	28500939	CUELLAR DE LOZANO RUFINA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.393.080,00
49	1056249 24	1	29218153	VELEZ DEALZATE LIGIA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$2.786.160,00
50	1056249 87	1	1114547240	HERRERA DIAZ ISSABELA	CUIDADOR DOMICILIARIO 12 HORAS	\$1.393.080,00
51	1054567 36	1	1116790419	REYES DUQUE DANIELA MARIA	SERVICIO DE CUIDADOR DOMICILIARIO	\$1.956.000,00
52	1054567 92	1	17012320	QUINCHE VASQUEZ NESTOR WILLIAM	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.737.020,00
53	1054567 92	3	17012320	QUINCHE VASQUEZ NESTOR WILLIAM	CUIDADOR DOMICLIARIO NOCHE	\$2.863.460,00
54	1054568 08	1	2207210	CHACON PRADA JORGE ERNESTO	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.642.640,00
55	1054568 08	2	2207210	CHACON PRADA JORGE ERNESTO	CUIDADOR DOMICLIARIO NOCHE	\$2.764.720,00
56	1054568 09	1	28370690	DURAN DE SAAVEDRA LIVIA	CUIDADOR DOMICILIARIO DIA	\$2.737.020,00
57	1054568 09	2	28370690	DURAN DE SAAVEDRA LIVIA	CUIDADOR DOMICLIARIO NOCHE	\$2.863.460,00
58	1054568 32	1	1116790419	REYES DUQUE DANIELA MARIA	CUIDADOR DOMICILIARIO	\$1.946.500,00
TOTAL						\$164.560.693,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De forma tal que la decisión de primer grado será modificada, precisando que el valor de las condenas lo serán por concepto de 58 recobros que ascienden a la suma de \$164.560.693.

e. De los intereses moratorios:

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conviene recordar que el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de salud y el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud.

A su turno, en el inciso quinto del artículo 48 Superior, establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido de manera unívoca que los recursos del sistema general de seguridad social son rentas de naturaleza parafiscal, que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece por la ley para afectar un determinado y único grupo social o económico y que debe utilizarse en beneficio de propio grupo gravado.

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención que considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7° del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

“De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:

“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).

“De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.

“No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

“Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.

“Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.

“Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos.

De cara a lo indicado, contrario a lo indicado en la decisión de primer grado si hay lugar al pago de los intereses moratorios, los cuales deberán ser cancelados, a partir de los 2 meses siguientes a su radicación. Por manera que se revocara la absolución impartida frente a este punto, para en su lugar proceder a fulminar la respectiva condena.

Precisando que dado que se ordenara el pago de los intereses moratorios y atendiendo a que este proceso también se analiza en el grado jurisdiccional de consulta, se revocara la condena impartida por indexación, como quiera que ambos conceptos son excluyentes.

f. Frente a los gastos de administración

En lo que atañe a este punto de inconformidad, se avizora que en el libelo genitor la parte actora solicitó que se fulminara condena a la pasiva por dicho concepto en cuantía igual a \$26.706.636. Destacando en la alzada que dicho monto corresponde a los gastos en los cuales debió incurrir para obtener el recobro de los montos que hoy se discuten.

Frente a este puntual aspecto, basta recabar en que no se allegó prueba alguna al plenario que soporte el monto enunciado por la parte promotora y por tal razón, no hay lugar a fulminar condena por este concepto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Argumento con el cual, se mantendrá incólume la absolució que frente a este tema, se decidió en primera instancia.

g. De la prescripció:

Finalmente, respecto a este punto del debate, vale la pena indicar que dado que la demanda se tuvo por no contestada, el fallador de primer grado no estaba en la obligaci3n de abordar este medio exceptivo. En la medida en que el mismo no puede ser decretado de oficio, sino que debe ser invocado por la parte convocada a juicio, dentro de la oportunidad legal correspondiente. Tal como lo dispone el artícuo 282 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisi3n expresa del artícuo 145 del Estatuto Procesal Laboral.

Como corolario de lo anterior se modificará parcialmente la decisi3n de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISI3N

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 3 de junio del 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES pagar a la EPS SANITAS, la suma de \$164.560.693, por concepto de 58 ítems, acorde lo expuesto en la parte motiva de esta decisi3n.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ordinal segundo de la sentencia apelada, en lo que respecta a la absolución por concepto de intereses moratorios, para en su lugar condenar a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a reconocer a la EPS demandante los intereses moratorios adeudados que se causaron, respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de los recobros, hasta la data efectiva del pago. Por lo anterior se absuelve de la indexación.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2019 00548 01
Demandante: CLAUDIA TERESA RAMÍREZ SANDOVAL
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Porvenir S.A allega poder de sustitución, conforme al cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Johana Alexandra Duarte Herrera*, identificada con C.C No 53.077.146 y T.P No 184.941.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLAUDIA TERESA RAMÍREZ SANDOVAL formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado del



Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que resulte nula o ineficaz y por consiguiente siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, por cuanto el traslado de régimen no se llevó a cabo de manera libre y espontánea.

Por ende, se ordene la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; que se le ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos y actualizar y corregir su historia laboral; que le ordene a las encartadas al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados y que estima en la suma de \$200.000.000.

En forma subsidiaria persigue que se declare inexistente el acto mediante el cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, relacionando en el mismo acápite las consecuenciales pretensiones relacionadas anteriormente.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 12 de junio de 1962, laborando a lo largo de su vida a la Pontificia Universidad Javeriana y estando afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por el periodo comprendido entre los años de 1986 y 1999.

Que el 3 de agosto de 1999, por no recibir información técnica y adecuada se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribiendo formulario de afiliación con PORVENIR S.A., considerando que este régimen era más benéfico.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expuso que una vez inició a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva a través de diferentes medios de comunicación y mediante visitas personales, sin que el asesor de entonces contara con título ni formación profesional, o con capacitación adecuada alguna que lo acreditara para el suministro de una información completa, veraz y suficiente para adoptar la decisión de trasladarse.

Que nunca se le advirtió que la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría ser inferior a la reconocida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se le indicó que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente, no se le explicaron las diferentes modalidades de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le advirtió la negociación del bono pensional, el funcionamiento financiero del fondo privado, entre otros factores de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de todas las pretensiones. Adujo que el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año de 1999 goza de plena validez, y que en lo que atañe a la nulidad del contrato, deberá ser probado en el transcurrir del trámite procesal.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y declaratoria de otras excepciones.

A su turno PORVENIR S.A. expuso en su contestación que al momento en que la demandante se trasladó ante sus dependencias, lo efectuó de manera voluntaria, y recibió la asesoría suficiente que le permitieran comprender los efectos del acto jurídico celebrado, el que se hizo efectivo el 1º de octubre de 1999, oportunidad en la que recibió una asesoría clara, veraz y oportuna para que tomara la decisión fundamentada en elementos de juicio objetivos, tal como lo preceptúa el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. producida el 3 de agosto de 1999, ordenándole a la referida PORVENIR S.A. trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta individual de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, ordenando a esta última recibir dichos recursos y reactivar la afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PORVENIR S.A., carga probatoria que se acompasa con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P.

En lo que respecta al pago de los perjuicios morales, manifestó el fallador de instancia que no los acreditó al tenor del ya referido artículo 167 del C.G.P.

Negó lo atinente a los gastos de administración, bajo el entendido que de conformidad con los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se destinaron a cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada, de ahí que si PORVENIR S.A. no hubiese pagado las respectivas pólizas, no habría cabida para el reconocimiento de una prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó que debe prosperar la devolución de gastos de administración por parte de PORVENIR S.A., por cuanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contrario a lo expuesto por el *a-quo*, ha determinado que deben retornar a COLPENSIONES en virtud a los efectos de la ineficacia del traslado.

Aduce igualmente que debe proceder la condena en costas procesales en contra de las encartadas, dado que estas controvirtieron de manera activa el proceso judicial a través de las contestaciones de demanda, y adicionalmente las costas procesales tienen una consecuencia de pago por la utilización del aparato jurisdiccional en los términos del artículo 305 del C.G.P., que en el presente asunto sería a la parte vencida en juicio.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

De prosperar tal situación, la Sala deberá verificar si resulta procedente la devolución de los gastos de administración por parte de PORVENIR S.A. con destino a COLPENSIONES en atención a la inconformidad de la parte demandante en el recurso de alzada.

Finalmente si es procedente que se le imponga condena en costas procesales en primera instancia a las demandadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe señalarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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 en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 3 de agosto de 1999 a PROVENIR S.A. (Fl 11), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó



libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información necesaria, por el contrario, fue enfática en destacar que la información que se le suministró por el asesor de PORVENIR S.A. fue que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría y que por ende, sus aportes pensionales estarían a salvo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sumado al hecho que la reunión de asesoría tan solo duró un aproximado de quince minutos, aspectos por lo que la Sala puede colegir la orfandad probatoria de la AFP en lo que atañe a una debida asesoría en la que se ilustraran las diferencia entre uno y otro régimen pensional, así como las ventajas, desventajas que implicaba el traslado.

Se resalta igualmente, que tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un



	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia.

En lo que concierne a la absoluciónde los gastos de administracióndecididos por el *a-quo*, habrá de revocarse tal decisión ya que le asiste razón a la apelante demandante en cuanto a la procedencia de los mismos, incluidas las primas de la aseguradora, como quiera que así lo ha adoctrinado el órgano de cierre, siendo una de sus decisiones la SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, en la que dispuso:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que PORVENIR S.A., no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.”

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.”

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen 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”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, frente al tema de las costas procesales alegadas por la parte demandante, a juicio de la Sala las mismas deben prosperar en sede de primera instancia, pues atendiendo los argumentos de alzada se puede concluir que en efecto atendiendo los presupuestos del artículo 365 del C.G.P., claro es que ambas encartadas fueron vencidas en juicio, de ahí que surja su responsabilidad sobre este concepto.

Como corolario de lo anterior, se revocará de manera parcial la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR de manera parcial la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contenidos en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante señora CLAUDIA TERESA RAMÍREZ SANDOVAL.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de primera instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo restante, la decisión de primer grado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **28 2020 00109 01**
Demandante: JULIO CESAR NARANJO RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida el 6 de julio de 2021 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JULIO CESAR NARANJO RODRÍGUEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, último en su caso administrado por PROTECCIÓN S.A. y que efectuara el 2 de febrero de 1996, al existir engaño y asalto a su buena fe induciéndolo al error y viciando su consentimiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en virtud de lo anterior, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración.

Por último, solicita que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que desde el 12 de junio de 1984 hasta el 30 de septiembre de 1994 estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, calenda última en la que se encontraba laborando para la Universidad del Tolima, cuando los asesores de PROTECCIÓN S.A. le presentaron el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que los asesores de PROTECCIÓN S.A. realizaron una campaña de divulgación sobre la nueva legislación y a su vez realizar los respectivos traslados a dicho fondo, de ahí que estos asesores le hubiesen manifestado que podría pensionarse antes de la edad requerida y con una mejor mesada pensional, que sus aportes estarían mejor resguardados en ese fondo por ser una entidad privada con el respaldo de un grupo económico muy poderoso, por lo que sus aportes serían salvados ante la liquidación del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Que no se le realizó una proyección del monto de la mesada pensional en comparación con lo que podría llegar a otorgarle el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, omitieron informarle que podría retornar en cualquier momento al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no le indicaron las consecuencias del traslado, tales como la pérdida de beneficios y la afectación a sus derechos fundamentales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En últimas, adujo que su fecha de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se dio en el mes de febrero de 1996.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que el traslado del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra ajustado a derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, e igualmente se trasladó de AFP, lo que significa que existió una ratificación en los términos consagrados en el artículo 1754 del Código Civil, como quiera que aceptó las condiciones que hacen parte integral de dicho régimen.

Precisó que el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el estar pendientes de su estatus pensional, aspecto que el aquí demandante no llevó a cabo.

Propuso las excepciones denominadas hecho de la víctima / afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción y caducidad, e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso en su contestación que la afiliación del demandante ante sus dependencias se trató de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

En igual sentido, argumentó que el mentado formulario de afiliación lo suscribió el actor en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes, voluntad que estuvo libre de presión y engaños, ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de julio de 2021 efectuó la ineficacia del traslado efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el día 5 de septiembre de 1994, y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, condenando a su vez a COLPENSIONES a reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar la historia laboral.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Adujo encontrar inconformidad con la condena atinente a los gastos de administración y el seguro previsional.

En lo que atañe a los gastos de administración refirió que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, por lo que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros, por lo que en el hipotético caso en que se asuma que como entidad no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de dichos conceptos a COLPENSIONES, no debería proceder el traslado de los aportes del demandante junto con los rendimientos financieros, situación que conlleva a que lo único que pueda ser trasladado sean los aportes pensionales.

Que tampoco es procedente la devolución del seguro previsional, toda vez que de manera mensual se descontó de la cuenta de ahorro individual, solucionándose a una aseguradora para que en el evento de presentarse el siniestro de invalidez y muerte, esta pagara una suma adicional para que se financiaran esas pensiones, de ahí que se encuentre imposibilitada de recobrar ese rubro y remitírselo a COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe señalarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 5 de septiembre de 1994 a PROTECCIÓN S.A. (Fl. 132), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información necesaria, por el contrario, siempre manifestó la carencia de la misma, siendo enfático en destacar que lo único que le manifestaron los asesores de ese entonces era que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría y por ende su posible prestación pensional podía llegar a perderse.

Lo anterior se acompasa con el hecho que la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A. manifestó en su interrogatorio de parte que la única documentación con la que cuenta la entidad es el formulario de afiliación del demandante, aspectos por lo que la Sala puede colegir la orfandad probatoria de la AFP en lo que atañe a una debida asesoría y buen consejo para con el demandante, en la que se ilustraran las consecuencias normativas entre uno y otro régimen pensional, así como las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, vale la pena advertir que como lo enfatizó la falladora de instancia, si bien dentro del plenario obra un documento suscrito por el demandante el 15 de noviembre de 2007 denominado *“REASESORÍA PENSIONAL”*, donde se consignó: *“DESPUÉS DE REALIZAR LA REASESORÍA, EL SEÑOR NO TOMÓ LA DECISIÓN. POR LO TANTO, SE PASÓ EL PLAZO Y AHORA EL SEÑOR DESEA CONTINUAR EN PROTECCIÓN”*, esta documental no puede ser atendida como una asesoría ajustada a derecho en atención de las directrices



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisprudenciales, en tanto, es palmario que el deber de información debió acreditarse desde el preciso instante en que el afiliado de trasladó y no en tiempo posterior, por lo que no puede entenderse corregida una falencia con más de doce años posteriores al momento en que se le debió suministrar una adecuada información al señor JULIO CÉSAR NARANJO RODRÍGUEZ.

Otro aspecto a resaltar, es el hecho que PROTECCIÓN S.A. allegó con su contestación un documento con destino al demandante adiado el 21 de noviembre de 2018 donde se le indica que se le reconocería una pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2018, el cual no se ajusta a la realidad procesal, ya que como se desprende del mismo, de una parte no goza de suscripción de aceptación por el señor JULIO CÉSAR NARANJO RODRÍGUEZ, y por otra, la historia laboral allegada por PROTECCIÓN advierte a la Sala que el demandante en la actualidad continúa realizando cotizaciones a pensión, sumado al hecho que fue muy claro el actor en señalar en su interrogatorio de parte que no aceptó prestación alguna por cuanto su pensión se disminuiría en una proporción notoria; circunstancia por la cual, lo aquí expuesto reafirma más aún la postura de concluir la falta de información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del actor.

Se resalta igualmente, que tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales



	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que PROTECCIÓN S.A., no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

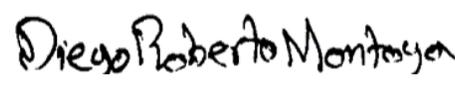
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 6 de julio de 2021 por el Juzgado Veintiocho Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

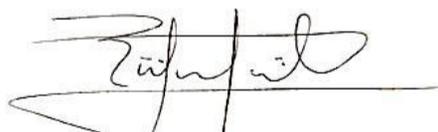
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **14 2017 00524 01**
Demandante: AMPARO SIERRA ROSALES
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo del 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora AMPARO SIERRA ROSALES formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. con el objeto que se declare la nulidad de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A realizado el 24 de abril del 2000, a través del cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se declare válida y vigente la afiliación de la demandante a COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir nuevamente a la demandante y a PORVENIR S.A. a liberar de sus bases de datos a la demandante. Así mismo, peticionó se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 30 de marzo de 1961, e inició su vida laboral en la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR, afiliándose por primera vez al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en mayo de 1994. Precisa que continuó cotizando hasta el 24 de abril del 2000, data en la cual se trasladó a PORVENIR S.A.

Agrega que el traslado se generó teniendo en cuenta que el asesor de PORVENIR S.A le indicó que podría pensionarse en cualquier tiempo y que el monto de la pensión sería superior que en COLPENSIONES; sin embargo, omitió explicarle el monto del capital que debía tener para acceder a la prestación económica con renta vitalicia o retiro programado.

El 28 de junio del 2017, la demandante acreditaba un total de 1128 semanas, con un capital acumulado de \$128.494.779; con oficio del 28 de junio d 2017, la AFP le hizo una proyección, acorde a la cual el monto de su pensión sería de \$737.717, data para la cual en tendría derecho a una mesada pensional de \$3.512.489.

Conforme lo anterior, mediante formulario de No 2017_6131765 del 13 de junio de 2017 solicitó el traslado de régimen pero el mismo fue denegado.

En audiencia del 16 de agosto del 2019, se dispone la integración de la litis con la AFP PROTECCIÓN S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al momento de contestar la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto estima que no es procedente la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que presentó solicitud de traslado de régimen cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir al estatus pensional, por razón por lo cual debe seguir afiliada a la AFP PORVENIR S.A., de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 del 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

A su turno PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones, en tanto estima que es improcedente la solicitud de ineficacia o nulidad de la afiliación, al no existir vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento del surgimiento del acto jurídico de la afiliación a la AFP. Por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen realizada por la demandante.

Propone como medios exceptivos los que denomina prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento y debida asesoría del fondo.

PROTECCIÓN S.A. por su parte se opuso a las pretensiones refiriendo que el traslado de régimen se trata de un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la genérica y reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de mayo del 2021, declaró ineficaz el acto de traslado que suscribió la demandante AMPARO SIERRA GONZALEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., declarando



como consecuencia, que ningún efecto jurídico surtió el traslado, por lo que permanece afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo total de la cuenta de ahorro individual, sin descontar los gastos de administración.

Para arribar a dicha conclusión el *a-quo* señala que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha trazado una sólida línea jurisprudencial sobre una serie de deberes que les asiste a los fondos de pensiones, relacionados con el deber de información, entre otras, en las sentencias de radicado 31989 del 9 de septiembre del 2008 y la SL 4373 del 2020, aludiendo que dicho precedente tiene sustento en la medida que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispuso que cualquier elección que se realice debe ser absolutamente libre y voluntaria, debiéndose suministrar la asesoría que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya inobservancia trae distintas consecuencias, como lo es la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, considera que si bien es cierto, para el año de 1995 data del traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aún no se había expedido ni el régimen de protección al consumidor financiero, ni se había dictado la Ley 795 de 2013 o el Decreto 2071 del 2015, ello no puede ser indicativo de que para aquel momento no existiera el deber de información, teniendo en cuenta que para ese periodo estaban vigentes diferentes disposiciones normativas como la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, al igual los postulados constitucionales de buena fe y confianza legítima en las relaciones negociales.

Respecto al caso concreto, indica que las AFP, no allegaron prueba alguna que de fe del cumplimiento del deber de información, teniendo en cuenta que en este tipo de procesos la carga probatoria está en cabeza de la AFP demandada, así concluyó que hubo una omisión injustificada de dicho fondo de pensiones, en tanto tampoco se puede acreditar la observancia de su obligación por medio de la suscripción del formulario de afiliación, pues ese tipo de documentos no tienen la capacidad de llevar al juez al convencimiento, ni de cuál fue la información suministrada ni la calidad de la misma al momento de realizar el traslado de régimen pensional, por ende accedió a lo pretendido en la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PORVENIR S.A. sustenta la alzada en que cumplió con las obligaciones vigentes para la fecha del traslado, las cuales tan solo exigía el diligenciamiento del formulario en el cual el afiliado expresaba su voluntad de afiliación. Luego fue una decisión libre y voluntaria que se ha ratificado con el transcurso del tiempo.

Precisa que en su momento brindó una asesoría oportuna y no faltó a su deber de información, pese a lo cual la decisión implica la obligación de aportar documentos que no eran exigidos para la data del traslado, acorde la Ley 100 de 1993 y los Decretos reglamentarios, normativas que si bien establecen la obligación de suministrar la información, la misma puede cumplirse de forma verbal.

Por otro lado, indica que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, pues estos también se generan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aunado a ello que no hacen parte de la pensión y por ende si están sujetos a la prescripción. Luego los únicos dineros a retornar serían las cotizaciones más sus rendimientos.

Así, se debe declarar la prescripción de gastos de administración, primas de aseguramiento y rendimientos, pues estos no tienen las características de las cotizaciones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración



completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inversión de la carga de la prueba en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., el 4 de enero de 1997 y a PORVENIR S.A del 24 de abril del 2000 (Fl 145),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información. Por el contrario, manifestó que el día de la afiliación a DAVIVIR el 4 de enero de 1997, se limitó a firmar el formulario de afiliación, del cual no le fue entregada copia, ni se comunicaron a efectos de presentar extractos. Así mismo, indica que PORVENIR S.A tampoco le dieron una asesoría completa.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en lo que respecta a la apelación en torno a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración, rendimientos y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

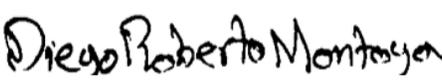
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de mayo del 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

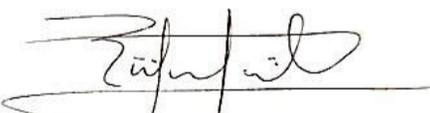
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 09 2017 00009 01
Demandante: BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES y YERIS
 CAMILA CUBIDES GONZÁLEZ como sucesores
 procesales del señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES
 AGUIRRE
Demandado: Herederos determinados MARÍA AMPARO CASAS
 DÍAZ, JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ y los herederos
 indeterminados de JUSTO PASTOR CASAS
 FONSECA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a las pretensiones perseguidas por activa, y no se formuló recurso de apelación.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES (Q.E.P.D.), quien ante su deceso fue sucedido procesalmente dentro de este litigio por BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES y YERIS CAMILA CUBIDES GONZÁLEZ, formuló demanda ordinaria en contra de MARÍA AMPARO CASAS DÍAS y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

calidad de herederos determinados del fallecido JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, así como en contra de sus herederos indeterminados.

Ello con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con el señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 1995 y el 8 de agosto de 2014, junto con la sustitución patronal entre el ya referido y fallecido señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA y MARÍA AMPARO CASAS, como consecuencia del deceso del primero referido.

Asimismo, se declare que el finiquito del contrato de trabajo con MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ sucedió por causas imputables a la empleadora y sin justa causa, que es beneficiario de la pensión sanción, así como que se declare solidariamente responsable a MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y a JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ como herederos determinados del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA.

Como consecuencia de las pretensiones de carácter declarativo, se condene de manera subsidiaria a MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ al pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías en los términos de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, primas de servicios, vacaciones, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión, sanción por despido sin justa causa, indexación y lo que resulta lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que ingresó a laborar con el señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA mediante contrato verbal a término indefinido desde el 10 de septiembre de 1995 en el cargo de vigilante, consistente en el cuidado del lote ubicado en la Carrera 45 No. 73-52 Interior 1, hoy en día la transversal 56 A No. 73-55 Interior 1 de la ciudad de Bogotá.

Que el horario de trabajo era de 6:00 p.m. a 8:00 a.m. de domingo a domingo, desempeñando funciones tales como recibir los vehículos que llegaban al parqueadero, estar pendiente de que no los hurtaran, hacer rondas nocturnas,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mantener el aseo, abrir y cerrar la puerta de las personas que arribaran al establecimiento.

Seguidamente, resaltó que el señor MARCOS, quien es familiar del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA era la persona que realizaba los relevos de sus turnos, y que el señor JUSTO PASTOR era quien le impartía las órdenes.

Que era la señora ISABEL MORENO quien se hacía cargo de pagarle su salario de manera diaria o quincenal, dependiendo si había dinero o no, al igual que para el mes de agosto de 1996, le sugirió al señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA que lo dejara vivir dentro del lote a efectos de evitar el gasto de transporte público, situación que fue aceptada, por lo que comenzó a residir junto con su compañera permanente BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES y su hija YERIS CAMILA CUBIDES GONZÁLEZ.

Adujo que inicialmente le fue cancelada la suma de \$8.000 y se le efectuaban aumentos anuales de \$1.000, y que el señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA falleció el 26 de abril de 2009, por lo que los herederos adelantaron proceso de sucesión en el que se les adjudicó el lote, siendo su hija MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ quien se encargara de la administración de dicho lote, por lo que le impartía órdenes, revisaba los vehículos, recogía dinero y le cancelaba su correspondiente salario.

Que elevó diferentes reclamaciones verbales a la señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ a efectos de la cancelación de las prestaciones sociales, y que el 8 de agosto de 2014, cargaba en una carpeta múltiples pruebas de su relación laboral con el señor JUSTO PASTOR, cuando fue sorprendido por la espalda por la señora MARÍA AMPARO quien le arrebató los documentos e incluso destruyó algunos, por lo que interpuso denuncia penal en contra de ésta por el presunto punible de destrucción, supresión y ocultamiento de documentos privados.

Por último, argumentó que el mismo 8 de agosto de 2014 la señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ le manifestó que desalojara el lote y le canceló en su cuenta de ahorros la suma de \$8.000.000, por lo que a los ocho días lo desocupó.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demanda inicialmente se admitió mediante auto del 2 de mayo de 2017 en contra de MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ como heredera determinada del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, y luego de que se reformara, en proveído del 25 de enero de 2018 se admitió también en contra del heredero determinado señor JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ, así como de los herederos indeterminados del fallecido.

Así las cosas, MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ contestaron la demanda con oposición a las pretensiones. Indicaron que lo que existió entre su padre fallecido señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA y el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE fue un arrendamiento de una habitación dentro del inmueble, siendo JUSTO PASTOR el arrendador.

También precisaron que nunca existió una sustitución patronal como se reclama en el *petitum*, ya que el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE nunca ostentó ninguna relación de carácter laboral con ellos ni mucho menos con su fallecido padre, adicional al hecho que el señor JOSÉ LAUREANO permaneció como arrendatario en el lote por el periodo comprendido entre los años 2001 y 2016, quien por demás siempre se dedicó a la actividad del reciclaje de materiales de desecho, y de esa misma actividad pagaba el canon de arrendamiento consistente en la suma de \$60.000 semanales.

Formularon las excepciones denominadas inexistencia del contrato de trabajo entre el demandante y los demandados, inexistencia de obligaciones, existencia de un contrato de arrendamiento entre el demandante y los demandados respecto de una habitación ubicado en la Transversal 56 A No. 73 – 55 Interior 1 de Bogotá, desde el año 2001 hasta el año 2014, y prescripción de acciones y derechos.

El curador *ad litem* de los herederos indeterminados del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de prescripción, compensación, e innominada o genérica.

Destaca la Sala que como consecuencia del fallecimiento del demandante señor JOSÉ LAUREANO BENAVIDES AGUIRRE sucedido el 19 de julio de 2018 como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 330), el juzgado en audiencia llevada a cabo el 25 de septiembre de 2019, declaró la sucesión procesal respecto de la señora BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES y YERIS CAMILA CUBIDES GONZÁLEZ, en calidad de compañera permanente e hija del fallecido respectivamente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, absolvió a MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ en calidad de herederos determinados, así como a los herederos indeterminados del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada a su vez la excepción de inexistencia del contrato de trabajo entre el demandante y demandados.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que los medios de convicción recaudados no resultaron ser suficientes para demostrar la prestación personal del servicio del señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE a favor de JUSTO PASTOR CASAS FONSECA y MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ, como quiera que en lo que respecta a las declaraciones rendidas por ANDRÉS JESID BELTRÁN DAZA, LUISA AURORA CASAS y GERMÁN SUÁREZ, se logró demostrar que a ninguno de los deponentes les consta que el convocante tuviese a su cargo el cuidado del lote de los llamados a juicio, así como que tampoco evidenciaron que JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE recibiera órdenes de ninguna índole, pues por el contrario, refirieron la existencia de un presunto contrato de arrendamiento, y en todo caso no acudían ni frecuentaban el inmueble en la jornada referida por el demandante fallecido, por lo que no podrían dar cuenta de los supuestos fácticos materia de debate.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que a su vez en lo que respecta al testigo JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ CABRA, quien señaló haber conocido al señor JOSÉ LAUREANO desde el año 1994, la *a-quo* descartó sus dichos en la medida que no son concordantes con las situaciones afirmadas en el interrogatorio de parte practicado de oficio a BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES y los hechos narrados en la demanda, misma situación que se acompasa con las pruebas documentales que yacen en el plenario; circunstancia por la cual, al no haberse configurado la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., absolvió al extremo accionado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La decisión de primera instancia se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si entre el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE y el señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, con una posterior sustitución patronal con la señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 1995 y el 8 de agosto de 2014.

De configurarse tal precepto, la Sala determinará si es procedente el reconocimiento y pago de las pretensiones de carácter condenatorio perseguidas.



c. Del caso en concreto:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Recientemente, la Corte en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Por otra parte, el artículo 67 del C.S.T. define lo atinente a la sustitución de empleadores:

“ARTICULO 67. DEFINICION. *Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.”*

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



Así las cosas, descendiendo al *sub-examine*, tenemos que en el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte de MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ, heredera determinada del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA (q.e.p.d.), quien manifestó tener 44 años de edad y en la actualidad se dedica al hogar, así como que es bachiller.

Manifestó que conoció al señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE por cuanto éste llegó de inquilino en el año 2001 a un predio que tenía su padre JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, por lo que se le arrendó un lugar pequeño que se componía de una habitación, baño y una cocina pequeña, así como que el predio tenía un espacio de 26 por 76, y por 78 metros cuadrados, y en lo que respecta a infraestructura el predio se componía de 3 habitaciones y el restante se encontraba arrendado para un acopio de arenas al señor LUIS AGUILAR.

Expuso que el lote nunca requirió de vigilancia y allí nunca funcionó un parqueadero, precisando que el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE (q.e.p.d.) nunca le prestó ningún servicio a su padre fallecido JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, último quien siempre se desempeñó en la labor de transportador de manera independiente, adicionando que el vehículo con el que su padre desempeñaba sus actividades lo guardaba en el lote ya referido y él mismo era quien lo cuidaba.

Que su padre el señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA permanecía la mayoría de su tiempo en ese lote, y cuando se iba a descansar lo cerraba, aunado a que allí tenía dos vehículos más.

Sostuvo que en la habitación que el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE había tomado en arriendo convivía con la señora BLANCA y su hija, y con posterioridad llevaron a vivir a otro familiar de la señora BLANCA que era un hijastro de ésta, precisando que el señor JOSÉ LAUREANO vivió en el lote hasta el mes de abril de 2016. Que con posterioridad al fallecimiento de su padre JUSTO PASTOR, el señor JOSÉ LAUREANO continuó el arriendo de vivienda con ella de manera verbal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que no conoce al señor JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ, que el señor ANDRÉS BELTRÁN es un vecino de la cuadra donde vivía el señor JOSÉ LAUREANO desde aproximadamente el año 1997 o 1998 por cuanto el padre del señor ANDRÉS BELTRÁN también es propietario del lote ya mencionado en precedencia.

Que la señora LUIS AURORA CASAS es hermana de su padre fallecido señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, quien a su vez frecuentaba el lugar donde residía el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE. Que el señor GERMÁN SUÁREZ es un transportador quien también frecuentaba el lote donde vivía el señor LAUREANO, por cuanto el señor LAUREANO por dedicarse al oficio de reciclador les buscaba trabajo a distintos volqueteros dentro de ellos el señor GEEMÁN, labor de reciclaje que el señor LAUREANO siempre desarrolló.

Que ella como hija del fallecido JUSTO PASTOR CASAS FONSECA iba al lote únicamente a recoger el arriendo cuando éste falleció, pues indicó que antes del suceso poco se acercaba allí. Puntualizó que su padre antes de su fallecimiento a parte del contrato de arrendamiento no tuvo otro tipo de asunto con el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE, arguyendo además que su hermano y aquí demandado JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ también frecuentaba de manera esporádica el lote.

Que se presentaron inconvenientes con el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE ya que al desempeñar la labor de reciclaje quiso tener más terreno del que se le había arrendado en el lote.

Se recepcionó el interrogatorio de parte del señor JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ, hijo del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, el cual manifestó que tiene 40 años y sus estudios son de bachiller, desempeñándose en la actualidad como transportador.

Indicó que conoce al señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE desde el año 2001 por cuanto vivió en el lote de su padre cuya infraestructura se compone de 4 habitaciones, un baño, y el restante es campo abierto que siempre ha sido utilizado como un depósito de materiales de construcción, precisando que sobre dicho lote no existía ninguna persona que lo cuidara.



Que en ese lote se parqueaba con regularidad el vehículo de su padre, y en ocasiones él mismo dejaba sus vehículos allí ya que siempre ha permanecido cercado. Dijo no tener conocimiento si el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE tuviese llaves del lote, pues adujo que el que siempre abría era su padre fallecido.

Expuso tener conocimiento que el señor JOSÉ LAUREANO se dedicaba a la actividad del reciclaje y para ello contaba con una carretilla, al igual que no conoce si el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE le hubiese reclamado a su padre fallecido señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA algún reconocimiento de acreencias laborales. Indicó tener conocimiento que el señor JOSÉ LAUREANO para el año 2016 recibió la suma de \$10.000.000 como consecuencia de una recolecta que se le realizó con la finalidad que pudiera desocupar el lote.

Que él desde el año 2001 y en adelante permanecía en el lote en un promedio de 8 meses en el año, que conoce al señor JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ por ser un joven que ayudaba a cargar volquetas en el lote, sin que tuviese algún tipo de contrato con su fallecido padre. Que el señor ANDRÉS BELTRÁN es un vecino del lote y tiene un taller de vehículos de mecánica, y que GERMÁN SUÁREZ es un transportador que también trabaja con volquetas.

Que entre su padre JUSTO PASTOR CASAS FONSECA y el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE a parte del contrato de arrendamiento que tenían, no celebraron otro tipo de contrato.

El testigo ANDRÉS JESID BELTRÁN DAZA indicó que es Ingeniero Mecánico y trabaja en un taller automotriz, sin que tenga ningún parentesco con el fallecido señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, pero lo conoció ya que eran vecinos desde el año 1999 o 2000 aproximadamente.

Que conoció al señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE por cuanto llegó a vivir en arriendo al lote desde el año 2001 o 2002 aproximadamente, dando cuenta de ello por cuanto dialogaban al respecto. Que el lote nunca fue



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

utilizado como parqueadero de vehículos, sino que los propietarios del lote guardaban volquetas.

Manifestó no creer que entre los fallecidos JUSTO PASTOR CASAS FONSECA y JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE se hubiese celebrado algún tipo de contrato de trabajo, en tanto en las mañanas sacaba una carreta para desempeñar el oficio de reciclador y regresaba al lote entre las 5:00 p.m. y 6:00 p.m., exponiendo a su vez que el señor JOSÉ LAUREANO vivió en esa propiedad aproximadamente 13 o 14 años.

Que no conoce al señor JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ, y que él como declarante por trabajar en el taller de su padre que quedaba al lado del lote desempeñaba labores aproximadamente hasta las 7:30 p.m., de ahí que sepa que el señor JOSÉ LAUREANO nunca permanecía como vigilante del lote, por el contrario, al señor JOSÉ LAUREANO.

Que él como declarante ha trabajado en el taller desde 1999 y hasta la actualidad y dijo no conocer al señor GERMÁN SUÁREZ ni a la señora LUISA AURORA CASAS. Que nunca vio que el señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA le diera órdenes de trabajo al señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE, ni que le pagara emolumento alguno por concepto de salarios y prestaciones sociales, creyendo que el señor JOSÉ LAUREANO habitó el lote hasta el año 2014, 2015 o 2016, sin tener conocimiento del por qué se fue de allí, como tampoco si al irse recibiera dinero.

No tiene conocimiento si el señor JOSÉ LAUREANO recibió órdenes por parte de la heredera determinada del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ quien es su hija, ni que recibiera salario, y que no conoce si el señor JOSÉ LAUREANO hubiese tenido vínculo contractual con el señor JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ y no cree que haya recibido salarios.

Que en el lote en la noche se guardaba un promedio de 2 a 3 volquetas, y una vez parqueadas las volquetas en la noche eran los mismos propietarios quienes cerraban el lote, sin que nadie quedara a cargo del cuidado del mismo, destacando que el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE no tenía acceso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a ese espacio donde se guardaban las volquetas, porque el lugar que habitaba tenía una entrada diferente.

La señora LUISA AURORA CASAS (tachada de sospecha por la parte demandante), expuso que se dedica al hogar, tiene 60 años y es bachiller. Que es la hermana del fallecido JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, y que conoció al señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE ya que en el año de 1993 o 1994 llegó solo al lote a solicitarle a su hermano JUSTO PASTOR una habitación para vivir, precisando que el señor JOSÉ LAUREANO desde esa época se dedicaba al reciclaje.

Que después de muchos años tuvieron problemas con el señor JOSÉ LAUREANO como quiera que permitía el ingreso a terceras personas sin autorización a la habitación que se le había arrendado, siendo enfática en resaltar que el lote queda ubicado en el barrio San Fernando, sin que en dicho lote existiese un parqueo de vehículos ya que siempre ha permanecido un centro de acopio.

Que las actividades de su hermano JUSTO PASTOR CASAS FONSECA siempre giraron en torno al transporte, de ahí que tuviese un vehículo que era parqueado en el lote, sin que el señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE hubiese cuidado el lugar, pues se dedicaba al reciclaje. Que ella como declarante frecuentaba el lote, pero no en las noches, y no conoce a los señores GERMÁN SUÁREZ, ANDRÉS BELTRÁN y JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ.

Refirió no tener clara la fecha hasta la cual el señor JOSÉ LAUREANO vivió en el lote, pero lo aproximó hasta el año 2015 o 2016, exponiendo que en ocasiones la señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ visitaban el lugar.

Que su hermano JUSTO PASTOR nunca le impartió órdenes al señor JOSÉ LAUREANO ni le llegó a cancelar salarios, como tampoco que MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAS hicieran algo parecido con el señor JOSÉ GREGORIO, y esto lo conoce porque al ser todos familiares ella se mantiene al tanto de sus parientes consanguíneos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El testigo GERMÁN SUÁREZ MARROQUÍN aseveró que tiene 50 años de edad y en la actualidad es transportador, y que fue amigo del fallecido señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA desde aproximadamente el año 2001 o 2002 pues se conocieron por cuestiones de trabajo en el tema de escombros y todo lo relativo a ello.

Que conoció al señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE para la misma época en que conoció al señor JUSTO PASTOR, precisando que entre estas dos personas nunca existió algún tipo de contrato de trabajo. Que el señor JOSÉ LAUREANO residía en el lote del señor JUSTO PASTOR en una habitación que se le arrendó y esto lo sabe por ser amigo de este último.

Que no frecuentaba en las noches al lote, exponiendo que la actividad del señor JOSÉ LAUREANO era la de reciclar, que en el lote no se parqueaban vehículos, no conoce a la señora LUISA AURORA CASAS ni al señor JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ, pero si al señor ANDRÉS BELTRÁN por vecindad.

Que el lote donde vivía el señor JOSÉ LAUREANO estaba destinado como acopio de materiales, por lo que no contaba con vigilancia privada.

Se practicó el testimonio del señor JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ CABRA exponiendo que tiene 75 años de edad y es Técnico Electricista. Que conoció al fallecido señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE desde 1994 por vecindad.

Que la función desempeñada por el señor JOSÉ LAUREANO era el cuidado del lote y al mismo tiempo cuidaba carros, luego en el lote vendía arena y ladrillo, viendo al señor JOSÉ LAUREANO en ejercicio de sus funciones las 24 horas del día, en especial en las horas de la noche, y cuando él no se encontraba lo reemplazaba la esposa de nombre BLANCA.

Que el señor JOSÉ LAUREANO tuvo dos accidentes en la propiedad. Indicó que no fue testigo que el señor JUSTO PASTOR le impartiera ordenes al señor JOSÉ LAUREANO, pero en algunas ocasiones vio que lo enviaba a desarrollar algunas tareas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adujo que el señor JOSÉ LAUREANO nunca se dedicó a reciclar sino únicamente a cuidar carros en el lote, vehículos que eran de todos los vecinos aledaños, de ahí que el señor JUSTO PASTOR le pagaba por dicha labor, aspecto del que tiene conocimiento porque el mismo señor JOSÉ LAUREANO se lo comentó. Que no conoce al señor ANDRÉS JESID BELTRÁN, y al preguntársele que si existía diagonal al lote algún taller de mecánica, indicó que no.

Que el señor JOSÉ LAUREANO no tenía actividad diferente al cuidado del lote, y en el lote vivía con su esposa, la hija de nombre CAMILA y un hijo de nombre CAMILO. Que el señor JOSÉ LAUREANO no le canceló ningún tipo de arrendamiento al señor JUSTO PASTOR, sumado a que el señor JOSÉ LAUREANO vivió allí hasta aproximadamente el año 2015, por cuanto la señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAS le dio un dinero de \$9.000.000 pagándole supuestamente todo lo que se le debía.

Que no recuerda el año en que falleció el señor JUSTO PASTOR, puntualizando que después del deceso el señor JOSÉ LAUREANO continuó desarrollando las mismas labores en el lote hasta que la señora MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ, le dio el valor de \$9.000.000.

Que él como testigo tenía una camioneta y en algunas ocasiones la guardó en el lote, y era el señor JOSÉ LAUREANO quien lo atendía, y vio en otras que el señor JUSTO PASTOR le impartía órdenes, y que en alguna ocasión el señor JOSÉ LAUREANO le manifestó que la señora MARÍA AMPARO le había quitado unos documentos atinentes a una deuda de acreencias laborales.

Se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES, con nivel de estudios de segundo de primaria. Refirió que conoció al señor JUSTO PASTOR CASAS toda vez que vivió en su lote por 21 años en compañía de su esposo JOSÉ LAUREANO y su hija, sin que le pagaran arriendo al señor JUSTO PASTOR, y sin que el señor JOSÉ LAUREANO hubiese firmado ningún documento para trabajar con el señor JUSTO PASTOR.

Hizo énfasis en que su cónyuge fallecido señor JOSÉ LAUREANO en el día se quedaba durmiendo y en las noches se quedaba al cuidado del parqueadero y a recibirle el mismo a un señor que lo cuidaba en el día. Que conoce al señor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ CABRA por cuanto era vecino del lote toda vez que vivía en la esquina y frecuentaba seguidamente el mismo en las horas del día.

Reiteró que su esposo JOSÉ LAUREANO era quien cuidaba en las noches el parqueadero y en ocasiones ella era quien lo reemplazaba por sus quebrantos de salud, y que era el señor JUSTO PASTOR quien les daba las instrucciones.

Que el señor JUSTO PASTOR iba al parqueadero todos los días y se quedaba máximo hasta las cinco o seis de la tarde, y en ocasiones llegaba a las 2:00 a.m. para descargar viajes de la volqueta, destacando que el horario que cumplía el señor JOSÉ LAUREANO era de 6:00 p.m. a 8:00 a.m.

Que después del fallecimiento del señor JUSTO PASTOR el parqueadero lo siguieron administrando los hijos del causante.

Puestas así las cosas y como lo determinó la falladora de instancia, la declaratoria de la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes no goza de prosperidad, por lo que la absolución de primer grado habrá de confirmarse.

Lo anterior, como quiera que dentro del presente asunto no se logró acreditar la prestación personal del servicio del demandante fallecido señor JOSÉ LAUREANO CUBIDES AGUIRRE respecto de JUSTO PASTOR CASAS FONSECA y MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ, pues atendiendo a lo que se desprende de las declaraciones de ANDRÉS JESID BELTRÁN DAZA, LUISA AURORA CASAS y GERMÁN SUÁREZ MARROQUÍN, fueron contestes en señalar que no vieron al señor JOSÉ LAUREANO desempeñando actividades de vigilante del lote ubicado en la Carrera 45 No. 73 - 52 de propiedad de los llamados como extremo accionado a juicio ni recibiendo órdenes, por el contrario, del dicho de los tres lo que se denotó era que el señor JOSÉ LAUREANO desde aproximadamente el año 2001 siempre desarrolló la actividad de reciclaje, adicional a que a pesar de permanecer en el lote, lo hizo con ocasión del arrendamiento de vivienda que tenía.

Sobre este punto, si bien el testigo JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ CABRA expuso conocer al señor JOSÉ LAUREANO desde el año de 1994 ya que vivía al lado del



lote objeto de reproche y por ende eran vecinos, sus dichos no pueden atenderse como certeros para la declaratoria del contrato de trabajo, toda vez que como lo indicó la señora BLANCA STELLA FONZÁLEZ LINARES en el interrogatorio de parte y lo que se desprende de los hechos narrados en el petitum, se indicó que el demandante efectuaba turnos como vigilante desde las 6:00 p.m. hasta las 8:00 a.m., pero el declarante de manera contradictoria sostuvo que el señor JOSÉ LAUREANO desempeñaba sus labores durante las 24 horas del día, aspecto que evidentemente no guarda congruencia incluso con los mismos hechos narrados por el extremo accionante, sumado a que la mayoría de acciones narradas las sostuvo por el hecho de que el señor JOSÉ LAUREANO se las comentaba, por lo que también se considera en ese aspecto un testigo de oídas.

Aunado a ello, no puede entenderse que con el interrogatorio de parte que se le practicara oficiosamente a la señora BLANCA STELLA GONZÁLEZ LINARES, cónyuge del señor JOSÉ LAUREANO y declarada sucesora procesal en el caso de autos, se entienda como configurado el contrato de trabajo, ya que la prueba de confesión versa sobre los hechos que resulten desfavorables al declarante o que beneficien a la contraparte, máxime si se tiene en cuenta que de los interrogatorios de parte surtidos por los herederos determinados del señor JUSTO PASTOR CASAS FONSECA, esto es, MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ y JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ, en ningún momento afirmaron alguna prestación personal del servicio del señor JOSÉ LAUREANO.

Además, como lo puntualizó la *a-quo*, a pesar que el señor JOSÉ GREGORIO CASAS DÍAZ manifestó en su interrogatorio de parte que al señor JOSÉ LAUREANO se le pagó un valor aproximado de \$9.000.000, de una parte tal monto no yace acreditado por el extremo accionante, y de otra, no se aceptó como cancelado por concepto de acreencias laborales sino para que el señor JOSÉ LAUREANO desocupara el predio.

Por otro lado, de las denuncias presentadas por el señor JOSÉ LAUREANO para con el señor JUSTO PASTOR y MARÍA AMPARO CASAS DÍAZ el 2 de diciembre de 2007 y el 26 de noviembre de 2014 (Fls. 16 y 30), en las que el primero manifestó tener un vínculo laboral, tan solo se refleja sus aseveraciones, pero sin que se advierta alguna aceptación de las mismas por el extremo pasivo;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

circunstancia por la cual, al no haberse acreditado si quiera la prestación personal del servicio, la absolución de primer grado habrá de confirmarse en esta instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00238 01
Demandante: ESTELA MORENO BENAVIDES
Demandado: PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Jhon Jairo Rodríguez Bernal*, identificada con cédula de ciudadanía 1.070.967.487 y T.P. 325.589 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus pretensiones, sin que dicha parte interpusiera recurso de apelación.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ESTELA MORENO BENAVIDES formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se la condene a reconocer y pagar en calidad de compañera permanente supérstite del señor HERNANDO BOLAÑOS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

GARZÓN (q.e.p.d.), la pensión de sobrevivientes a la que dice tener derecho a partir del 24 de mayo de 2017 de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, más el respectivo retroactivo pensional, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que el 24 de mayo de 2017 falleció el causante HERNANDO BOLAÑOS GARZÓN, con quien convivió en unión marital de hecho, compartiendo lecho, techo y mesa desde el mes de abril de 2004 hasta la fecha de su deceso, sin que se hayan procreado hijos como pareja.

Que el causante efectuó cotizaciones ante la encartada hasta el mes de mayo de 2017, tal como se corrobora de su historia laboral emitida el 10 de julio de 2017.

Sostuvo que elevó ante la demandada solicitud de la prestación el 2 de octubre de 2017, la cual fue negada el 22 de diciembre de la misma anualidad bajo el entendido que no acreditó la convivencia exigida en la ley, negativa que fue sostenida con posterioridad a pesar de haber acreditado ciertas declaraciones extra proceso que demuestran la convivencia necesaria.

Igualmente, argumentó que la convivencia con el fallecido perduró por más de trece años, asistiendo a diferentes eventos sociales como pareja en el vecindario y compartiendo momentos especiales, así como que la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DEL BARRIO RINCÓN DEL LAGO certificó el 13 de junio de 2017, que dependía económicamente del causante.

Que además reposan en su poder comprobantes de compra de electrodomésticos, recibo de pago de la lápida del fallecido, historias clínicas, copias de tarjeta débito, copia de control exequial con la empresa GAS NATURAL, certificaciones bancarias de la entidad Banco AV VILLAS, entre otros documentos que advierten una convivencia como pareja.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la negativa de la prestación perseguida por la aquí demandante se basa en que no cumple con los requisitos señalados en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, como quiera que en el proceso de investigación realizado a través de la Compañía MCLARENS INVESTIGACIONES S.A.S., no se logró demostrar que entre la actora y el causante hubiese existido una relación de compañeros permanentes y convivencia hasta la fecha de su fallecimiento, pues con las entrevistas realizadas a los señores ISRAEL y FIDEL GARZÓN, primos del causante, así como MARIBEL OTAVO, esposa de FIDEL GARZÓN, los mismos coincidieron en afirmar que el causante sí residía en la misma vivienda que la demandante, pero solo porque el fallecido arrendaba una habitación, más no porque entre los dos existiera algún tipo de relación afectiva.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, e improcedencia del pago de intereses moratorios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de julio de 2021 absolvió a PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no fue objeto de discusión que el causante señor HERNANDO BOLAÑOS GARSÓN (q.e.p.d.) estuvo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones administrado por la encartada PROTECCIÓN S.A. desde el 11 de abril de 2003.

También se encuentra demostrado dentro del informativo que el causante falleció el 24 de mayo de 2017, como da cuenta el Registro Civil de Defunción, de ahí que el estudio pensional deba ser analizado a la luz de las disposiciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contempladas en la Ley 797 de 2003, normativa que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, y que el causante dejó acreditadas la densidad de semanas reguladas en la norma.

En lo que respecta al requisito de convivencia, argumentó que estimó el *a-quo* no se logró demostrar, reseñando que demandante no compareció a la audiencia de trámite y juzgamiento, por lo que en aplicación de lo previsto en el artículo 39 de la Ley 712 de 2001, modificado por el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., y en concordancia del artículo 205 del C.G.P., se presumen como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda, entre ellos el atinente a que entre la demandante y el causante no existió una relación afectiva que pudiese determinar la calidad de compañera permanente, aunado al hecho que tampoco comparecieron los testigos decretados a instancia de la actora, quienes debían ratificar las declaraciones extra juicio que militan en el plenario, por lo que no es factible darle valor probatorio a las referidas declaraciones extra proceso.

Sumado a lo anterior, argumentó que las pruebas documentales que reposan dentro del plenario no resultan suficientes para deducir la existencia de una relación de compañeros permanentes entre la demandante y el causante, como quiera que se requería elementos de juicio verdaderamente idóneos que permitieran arribar a la conclusión de la condición de compañera permanente perseguida por la demandante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La decisión de primera instancia se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses y no formuló recurso de alzada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si a la demandante señora ESTELA MORENO BENAVIDES le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida como consecuencia del fallecimiento del causante HERNANDO BOLAÑOS GARZÓN.

c. De la calidad de afiliado del causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que el señor HERNANDO BOLAÑOZ GARZÓS (q.e.p.d.) falleció el día 24 de mayo de 2017, como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 47 – Expediente Digital), acreditando un total de semanas cotizadas de 845.43 como se corrobora la historia laboral de la entidad actualizada al 10 de julio de 2017 (Fls. 57 a 60 – Expediente Digital), al igual que la demandante en la actualidad cuenta con 54 años de edad, por cuanto nació el 15 de diciembre de 1966 según se acredita de la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 45 – Expediente Administrativo).

En tal sentido, y al haberse determinado que el señor HERNANDO BOLAÑOS GARZÓN falleció el 24 de mayo de 2017, las normas llamadas a gobernar la presente controversia son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“[...]

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional:

Atendiendo lo anterior, de la historia laboral acredita por la entidad en el expediente administrativo, se aprecia que el causante realizó dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, esto es, por el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2014 y el 24 de mayo de 2017, un total de cotizaciones de 154.43 semanas, cumpliendo así con el primer requisito preceptuado en la norma.

Verificada la anterior precisión, le resta a la Sala por establecer si la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante. Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe.

En tal sentir, lo primero que vale recabar es en que conforme la precitada normativa son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con la causante y haya convivido con la fallecida no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Ahora bien, en una primera oportunidad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se pronunció respecto del alcance de esta norma en sentencia del 20 de mayo del 2008, Radicación No. 32393, en la cual se determinó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibidem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO.”

La segunda tesis consistió en que la normativa establece los casos en los que acorde a la norma el compañero permanente y/o el cónyuge tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, destacando que tan solo en una hipótesis el cónyuge con vínculo matrimonial vigente podría acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditando cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, y ello sería únicamente cuando concurriera un compañero permanente; en tal sentir indicó:

“El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, “...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”.

Ahora, vale la pena indicar que ambas posturas fueron objeto de estudio por parte de nuestro máximo órgano de cierre. En tal medida, la primera postura morigerada fue la atinente a la convivencia exigible a la cónyuge con vínculo matrimonial vigente. En la medida en que, desde la sentencia SL 40055 del 2011 y como se explicaría con mayor detenimiento en la SL - 41637 del 24 de enero del 2012, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente puede acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, indistintamente que exista o no compañero o compañera permanente. Fue así como se indicó en la última de las providencias enunciadas, lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho. [...]

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarle, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.”

Posición que se mantiene incólume y fue reiterada recientemente, entre otras, en la sentencia la SL- 2015 del 28 de abril del 2021, Radicación No. 81113, en la cual se precisa:

“Esa orientación, pese a que en algún momento tuvo soporte en algunas decisiones emitidas por esta corporación, resulta errónea a la luz de la vigente interpretación que tiene esta Sala frente al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en tanto, como lo reclama la censura, dicha norma resguarda el derecho pensional del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, que demuestre el desarrollo de una convivencia no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo, sin necesidad de más aditamentos o requisitos no previstos en la norma como el de mantener un «vínculo dinámico y actuante» hasta el momento de la muerte¹ [...]

“De otro lado, aunque el Tribunal también puso tímidamente en duda el presupuesto mínimo de una convivencia durante cinco (5) años, por la existencia de conflictos de pareja, lo cierto es que, como lo aduce la

¹ Posición jurídica que sustenta la Corte en lo que se explicó en la sentencia SL-5169 del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

censura, ello aparejaría otro error jurídico, en tanto, como lo ha explicado esta corporación, tal presupuesto legal no se puede negar o desdibujar automática y maquinalmente por la existencia de discusiones o desavenencias familiares que, en términos proporcionales, no desdichan de una solidaridad y acompañamiento familiar estable. (Ver CSJ SL12029-2016, CSJ SL18068-2016, CSJ SL6286-2017, CSJ SL6519-2017, CSJ SL11940-2017 y CSJ SL2010-2019, entre muchas otras).

“Finalmente, no le asiste razón a la oposición al hacer hincapié en el hecho de que el demandante no «participó en la construcción de la pensión de vejez» o no acompañó a la fallecida «durante su vida productiva», por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, a pesar de que la Corte ha reivindicado esos supuestos para reforzar la argumentación tendiente a clarificar el derecho del cónyuge separado de hecho, nunca ha esbozado una regla jurídica estricta y cerrada en tal sentido, que indique que quien no demuestra en el proceso esa forma de acompañamiento deja de ser beneficiario de la prestación”.

En lo que respecta a la otra postura, sentada en la sentencia con Radicación No. 32393 del 2008, consistente en que el requisito de convivencia resulta exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, debemos precisar que la misma se mantuvo incólume desde dicha data y hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL 793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No. 47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766 y SL- 347 del 13 de febrero del 2019. En esta última se indicó:

*“Al respecto, estima la Sala que, so pretexto de interpretar el contenido de la sentencia CC C-1094 de 2003, efectivamente el Tribunal distorsionó el sentido hermenéutico del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la convivencia de cinco (5) años prevista en esta norma se predica tanto para el evento del fallecimiento del **afiliado** como del **pensionado**, para efectos de la pensión de sobrevivientes, pues no existen razones válidas para establecer diferenciaciones entre los beneficiarios del primero y los del segundo y, porque, además, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, que no sufrió modificaciones sustanciales con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo en lo referente al tiempo mínimo de vida en común, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL3468-2018.”*

Sin embargo, tal postura fue modificada en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020. No de Rad.77327, en la cual la Corte Suprema de Justicia recogió el criterio imperante hasta ese momento y precisó, que acorde a un nuevo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a la cual arribó, tras las siguientes disquisiciones:

“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”
(subraya y negrilla fuera de texto).

*“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”** (Negrilla fuera de texto)*

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textual, esto es acorde la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluye que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la *“condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida”.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021. Sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues de hecho existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, tal como la sentencia SL-362 del 10 de febrero del 2021, Radicación No. 86239, en la cual se puntualizó:

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal»; así lo precisó la Sala en sentencia SL 1399 de 2018: (...)

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“[...]

“Finalmente, en esta oportunidad corresponde a la Sala precisar que la lectura de las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la connotación del vínculo matrimonial para efecto del derecho pensional del cónyuge separado de hecho, debe acompasarse con la sentencia CSJ SL 1730-2020, bajo el entendido de que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.” (Negrillas fuera de texto).

Hechas las anteriores apreciaciones, desde ya debe indicar la Sala que se acoge a la última postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

a. Del caso en concreto:

Decantado lo anterior, procede la Corporación a descender al caso que hoy nos convoca en aras de determinar si la aquí demandante acreditó la condición de compañera permanente a la fecha de deceso del causante, para lo cual, de entrada que la absolución determinada por el fallador de instancia habrá de confirmarse como quiera que del caudal probatorio no se logra apreciar de manera fidedigna tal precepto.

Al respecto, vale la pena manifestar en primer lugar que de las probanzas acreditadas por la parte demandante, a folios 66 a 67 del Expediente Digital yace acta de cancelación de prestaciones sociales calendada el 5 de septiembre de 2017 en la que la empresa empleadora del causante CIVILIA S.A. efectuó a la demandante en calidad de compañera permanente y al hijo del fallecido de nombre CRHISTIAN ANDRÉS BOLAÑOS PINZÓN un pago de acreencias laborales que dejó causadas por un pago para cada uno de ellos por valor de \$1.317.456 y \$1.137.457 respectivamente, cancelación que se acredita con el comprobante de pago visible a folio 68.

Asimismo, obra carta emitida por la entidad financiera BANCO AV VILLAS el 18 de julio de 2017 con destino a la demandante, en el que se le manifiesta que como consecuencia del fallecimiento del causante HERNANDO BOLAÑOS GARZÓN, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. le canceló a esta entidad financiera la suma de \$2.796.717 respecto de la obligación No. 2211493 que el señor BOLAÑOS GARZÓN había dejado causada, precisándosele a la actora que de dicho seguro de vida quedó un excedente por valor de \$116.185 el cual sería cancelado a su favor, situación que se acompasa con una carta que esta entidad financiera previamente comunicó a los beneficiarios del fallecido el 16 de julio de 2017 (Fls. 82 y 83).

Por otra parte, reposa certificación emitida el 13 de junio de 2017 por parte de la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL RINCÓN DEL LAGO, que expone que la demandante señora ESTELA MORENO BENAVIDES es una persona de escasos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

recursos y que dependía económicamente del causante (Fl. 89). Igualmente, a folio 95 milita copia de un fragmento de la historia clínica emitida por el HOSPITAL UNIVERSITARIO – CLÍNICA SAN RAFAEL que tiene como inicio de atención del causante el 10 de abril de 2017 que refleja como acompañante a la demandante en calidad de cónyuge (Fl. 95).

A pesar de lo anterior, atendiendo la libre apreciación de la prueba y convencimiento dispuesto en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S., con las referidas probanzas no se logra acreditar la condición de ser la compañera permanente, toda vez que del restante conjunto probatorio la presunta convivencia de la pareja resulta incomprensible para la Sala.

Nótese que la demandante con las pruebas allegadas acreditó unas declaraciones extra proceso de las señoras MARÍA MARGARITA CAUCALI MARTÍNEZ y ANA JULIA TAPIERO TIQUE, de fechas 7 de junio de 2017, 13 de julio de 2017 y 5 de septiembre 18 (Fls. 102, 103 y 105), en las que ambas declarantes son congruentes en señalar que conocieron al causante por espacio de trece años y por dicho conocimiento les consta que falleció el 24 de mayo de 2017, por lo que para la fecha de su deceso era de estado unión libre, compartiendo techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida con la demandante desde el mes de abril de 2004 y hasta la fecha de su fallecimiento, sin que de su unión hubiesen procreado hijos, constándoles además que como pareja salían juntos y compartían actividades en el vecindario como cualquier pareja de cónyuges, al igual que dieron fe que el fallecido no contrajo matrimonio ni hizo vida marital con otra persona, ni dejó hijos pendientes por reconocer.

En situaciones similares de declaración obra la extrajudicial de la propia demandante de calenda 7 de junio de 2017 (Fls. 105 a 106).

A pesar de lo anterior, las declaraciones referidas no podrían ser tenidas en cuenta para demostrar una convivencia que limite el extremo final de convivencia de la demandante a la fecha del deceso del causante, ni mucho menos las situaciones de modo, condiciones, tiempo y lugar de la misma, como quiera estas fueron pretendidas por el extremo accionado de ratificación como se denota del decreto de pruebas llevado a cabo en la audiencia de que trata el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. en concordancia del acápite de pruebas de la contestación de demanda en la que se expuso: ***“RATIFICACIÓN DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES: Solicito señor Juez que fije fecha y hora para la ratificación de las declaraciones extra proceso rendidas por las siguientes personas: La demandante ESTELA MORENO BENAVIDES, MARÍA MARGARITA CAUCALI MARTÍNEZ y ANA JULIA TAPIERO DUQUE”*** (Fl. 177), lo que conlleva que al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no puedan ser atendibles como valoración probatoria, así lo ha sostenido en reiteradas decisiones siendo una de ellas la SL4145-2019, Radicación No. 59206 del 28 de agosto de 2019.

Al unísono, vale la pena destacar que de acuerdo con los argumentos expuestos por la encartada PROTECCIÓN S.A., junto con el informe allegado denominado *“Verificación de Convivencia”* que efectuara la Compañía MCLARENS INVESTIGACIONES GLOBAL CLAIMS SERVICES el 16 de noviembre de 2017 (Fls. 252 a 274), se observa que se realizaron entrevistas con los familiares del causante y se soportan con los respectivos documentos visibles en folios 249 a 251, en los que FIDEL GARZÓN e ISRAEL GARZÓN, primos del fallecido manifestaron que el fallecido nunca tuvo vínculo de pareja con la demandante, por el contrario, dieron fe que no se le conoció una pareja, situaciones todas que reafirman más aún la falta de convivencia pretendida en el *petitum*.

También debe destacarse otro tópico trascendental para la litis, y es el hecho que ni la demandante no compareció a rendir el interrogatorio de parte y las respectivas declaraciones; circunstancia por la cual, de conformidad con lo determinado por el fallador de instancia, claro es que a la demandante se le deben atribuir las consecuencias procesales de su inasistencia según lo preceptuado en el artículo 77 del C.P.T y de la S.S., en armonía con el artículo 205 del C.G.P., esto es, la presunción de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda de PROTECCIÓN S.A., y que para el caso se marras gira en torno a la falta de convivencia de la actora para con el causante.

Así las cosas, y al no auscultarse el requisito de convivencia de la demandante para con el afiliado causante, en atención de los postulados legales y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisprudenciales, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **38 2016 00411 01**
Demandante: LUIS IGNAICIO MARTINEZ PLAZAS
Demandado: COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO S.A.S.,
FIDUPREVISORA S.A. y FEDERACIÓN NACIONAL DE
CAFETEROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto ASESORES EN DERECHO S.A.S., FIDUPREVISORA S.A. y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de abril de 2021.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS IGNACIO MARTINEZ PLAZAS presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el objeto de que se le ordene recuperar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 1963 y 21 de diciembre de 1967, correspondiente al tiempo laborado por el actor en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, hoy representada por la FIDUPREVISORA S.A.



Asimismo, se ordene a COLPENSIONES actualizar el pago de aportes efectuados por SIEMENS, incluyendo el respectivo tiempo en la historia laboral. De otro lado, se ordene a COLPENSIONES conceder la pensión de vejez conforme al régimen de transición de que trata el Decreto 758 de 1990 y el Acto Legislativo 01 de 2005, al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de septiembre de 1941, y laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA-FMG desde el 17 de diciembre de 1963 hasta el 21 de diciembre de 1967, desempeñando el cargo de Segundo Mecánico Tornero, con un salario de \$120.50 US dólares, no obstante, la entidad omitió realizar su afiliación y pago de aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Refiere que cuando se liquidó la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA se creó la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA-CIFM, quien se encargaba de gestionar las prestaciones sociales de los trabajadores, bajo el control de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, sin embargo, entró en cesación de pagos de las mesadas pensionales desde septiembre de 1999.

Por orden de la Corte Constitucional, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS es responsable de las obligaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud de los ex trabajadores de la FMG, a través del patrimonio autónomo PLANFLOTA administrado por la FIDUPREVISORA S.A., patrimonio que a su vez, suscribió contrato con la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S., la cual se encarga de expedir los actos administrativos relacionados con los trámites pensionales de los ex trabajadores de la CIFM.

Refiere que elevó peticiones ante la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, COLPENSIONES y la FIDRUPREVISORA S.A.; por otro lado, indicó que laboró en SIEMENS desde el 19 de enero de 1976 hasta el 17 de enero de 1978, no obstante, COLPENSIONES solo registró las cotizaciones efectuadas desde el 1º de junio de 1976 hasta el 16 de enero de 1978, es decir, que no registró cuatro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(4) meses y veintiún (21) días; aseveró finalmente que tiene 75 años de edad y no ha accedido a la pensión de vejez, dados los inconvenientes con las cotizaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La FIDUCIARIA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A., operó la *litis contestatio* oponiéndose a todas y cada una de sus pretensiones, argumentando que no es subrogataria, cesionaria o sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA-FMG, toda vez que su capacidad se encuentra delimitada por el objeto del contrato de fiducia, es decir, el pago de las mesadas pensionales y los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud a cargo de la FMG, por medio del patrimonio autónomo denominado PANFLOTA.

Señaló que en el contrato de fiducia se acordó que para realizar el pago de las mesadas pensionales y los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es menester la expedición de un acto administrativo ordenando el respectivo pago, así como que el ex trabajador se encontrara en el anexo 1º y que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS entregara al patrimonio autónomo, los recursos correspondientes para efectuar al pago.

Relató que en cumplimiento de la orden de la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-010509 se confirió mandato con representación a la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S., quien tiene el deber de expedir los actos administrativos relacionados con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la FMG, así como el respectivo acto administrativo de reliquidación de una mesada pensional.

Concluyó argumentando que desborda las obligaciones de PANFLOTA lo pretendido por el actor, aclarando que es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO DEL CAFÉ, quien debe girar los recursos.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S., contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial, toda vez que cuando prestó el servicio a favor de CIFM, es decir, entre el 17 de diciembre de 1963 y el 21 de diciembre de 1967, no existía la obligación legal de afiliar a los trabajadores marítimos, pues solo hasta el 2 de agosto de 1990, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES expidió el acto administrativo que convocaba a los empleadores marítimos para la afiliación y cotización de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Señala que existe una imposibilidad insuperable por parte de la CIFM, en tanto al cierre del proceso de liquidación se determinó que no tenía recursos para el pago de acreencias, por lo que no legó activos para cancelar obligación alguna, menos aún la proveniente de un cálculo actuarial. Aseveró que su función como mandataria con representación es resolver las solicitudes de carácter pensional con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, por lo que no le concierne asumir emolumento alguno respecto de las pensiones reconocidas, pues es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien gira al patrimonio autónomo los dineros para cumplir con las obligaciones pensionales u otras acreencias laborales de CIFM. Agregó que la CIFM no incurrió en una omisión legal, pues para esa data no existía la obligación legal de cotizar en el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que no descontó al demandante suma alguna para el pago de aportes.

Formuló como medios exceptivos, los que denominó inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el I.S.S. no había asumido los riesgos I.V.M., imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, la genérica y oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Como sustento de ello indicó que el demandante no cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez; señaló que la obligación de cobro coactivo surge cuando existe una afiliación de un trabajador dependiente, por lo que al no ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliado el accionante, no era competencia de COLPENSIONES efectuar el cobro del cálculo actuarial por los tiempos laborados y no cotizados.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de la indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, declaratoria de otras excepciones y la genérica.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA contestó la demanda manifestando que no es matriz de la CIFM, en tanto no es propietaria del Fondo Nacional del Café, sino su administradora, aclarando que el mismo pertenece al Estado, toda vez que es de naturaleza parafiscal constituida con recursos públicos para contribuir a la estabilización del ingreso cafetero, mediante la reducción de la volatilidad del precio internacional.

Expuso que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no es aplicable a la accionada, dado que es una asociación gremial civil de derecho privado sin ánimo de lucro, aunado a ello que no está llamada a responder solidariamente por el pasivo externo de la CIFMG, en tanto el Fondo Nacional del Café es una institución parafiscal dotada de identidad propia, cuyos ingresos sólo pueden ser utilizados en beneficio del subsector gravado que los suministra; añadió que pese a la presunción estatuida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, corresponde a la parte actora demostrar que la situación que dio lugar a la liquidación de CIFM fue causada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.

Formuló como medios exceptivos, los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia.

La sociedad SIEMENS S.A. contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que solucionó todas las acreencias que se generaron a favor del demandante con razón a su vinculación laboral, en consecuencia, no adeuda suma alguna por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

concepto de aportes a pensión. Explicó que expidió una certificación el 26 de noviembre de 2015 en la que indicó que el demandante laboró para la empresa desde el 19 de enero de 1976 hasta el 17 de enero de 1978, periodo en el que efectuó el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de forma completa y oportuna, no obstante, aseguró que no es posible allegar prueba sobre ello al no contar con la documental respectiva, ello en tanto la relación laboral con el demandante finalizó hace más de 40 años, por lo que no tenía la obligación legal de conservar los documentos relacionados con aquel por un periodo superior a 20 años, conforme al artículo 28 de la Ley 962 de 2005.

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y la genérica.

Finalmente el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que es ajeno a la relación laboral entre el demandante y la FMG, aunado a que no está dentro de sus funciones la de reconocer y otorgar pensiones, dado que no es una entidad administradora de pensiones. Aseguró que en virtud del Decreto 4712 de 2008, los funcionarios del Ministerio sólo pueden hacer lo permitido en la Constitución y en la ley, según la competencia asignada, por lo que carece de competencia para reconocer el pago de obligaciones de otras entidades que son autónomas e independientes administrativa y patrimonialmente, máxime cuando están vinculadas a otras entidades de la administración pública.

Agregó que en virtud de la sentencia SU-1023 de 2001, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA es la encargada de responder por el pasivo pensional del demandante, puesto que es quien administra el Fondo Nacional de Café.

Formuló como excepciones de fondo las de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 27 de abril de 2021, declaró que entre el demandante y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA existió un contrato de trabajo desde el 17 de diciembre de 1963 hasta el 21 de diciembre de 1967, lapso en el que la extinta sociedad debía asumir el porcentaje que le correspondía en el riesgo de vejez.

En consecuencia, ordenó a COLPENSIONES liquidar el cálculo actuarial del periodo laborado por el demandante, teniendo en cuenta los factores salariales certificados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., al término de lo cual, COLPENSIONES deberá determinar la viabilidad de la reliquidación.

Igualmente, condenó a PANFLOTA, administrado por la FIDUPREVISORA S.A. y representado por ASESORES EN DERECHO S.A.S., a adelantar todas las gestiones necesarias para expedir el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial, así como a pagar el valor del cálculo actuarial que realice COLPENSIONES.

De otro lado, declaró subsidiariamente responsable al FONDO NACIONAL DEL CAFÉ administrado por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, con el fin que solucione la suma que determine el cálculo actuarial realizado por COLPENSIONES, en el evento que el patrimonio autónomo PANFLOTA no tenga los recursos para tal fin. Finalmente, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones relacionadas con la actualización de la historia laboral por el tiempo que laboró el demandante en SIEMENS S.A.

Como fundamento de la decisión adujo que conforme a los artículos 259 y 260 del C.S.T., las obligaciones pensionales estuvieron a cargo del empleador hasta que fue subrogado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante la Ley 90 de 1996, en la que se determinó que la aplicación sería gradual y progresiva a partir del 1º de enero de 1967; en ese orden de ideas, el demandante prestó sus servicios para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA-FMG desde el 17 de febrero de 1963 hasta el 21 de diciembre de 1967, periodo en el que no habían sido convocados los empleadores marítimos a cotizar los riesgos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

invalidez, vejez y muerte, puesto que ello ocurrió con la expedición de la Resolución No. 03296 de 1990, frente a lo cual desde el año 2014, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no es posible relevar al empleador de la responsabilidad que tiene de cara al sistema pensional, explicando que aquel tenía a su cargo las obligaciones pensionales hasta que se subrogaran por la entidad de seguridad social, de tal suerte que, antes de la existencia de tales entidades, era el empleador el encargado de cubrir las prestaciones del sistema pensional.

Por lo anterior, encontró procedente que la FMG, hoy extinta y representada por ASESORES EN DERECHO S.A.S., asuma el pago del cálculo actuarial, con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, con la intervención de la FIDUPREVISORA S.A. como vocera del mismo.

De otro lado, encontró que el aviso de afiliación expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES da cuenta que la fecha en la que se reportó el ingreso del demandante a la empresa SIEMENS S.A., fue el 1° de junio de 1976, por lo que antes de esa fecha COLPENSIONES no tenía la obligación de efectuar cobro coactivo alguno, y menos pudo haber recibido cotizaciones antes de esa data.

Agregó que pese a que SIEMENS S.A. aceptó que existió una relación laboral con el demandante desde el 19 de enero de 1976, no se discutió un cálculo actuarial a cargo de dicha sociedad, sino la actualizar de la historia laboral por parte de COLPENSIONES.

Finalmente, precisó que conforme al artículo 30 de la Ley 22 de 1995, cuando se configura una situación de control, corresponde a la sociedad matriz manifestar mediante documento privado el nombre, domicilio, nacionalidad de los vinculados y el motivo que dio lugar a la misma, documento que debe ser inscrito en el registro mercantil, por lo que de conformidad con el certificado de existencia y representación de la FMG, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS comunicó que se configuró una situación de control respecto de la primera, lo cual, da lugar a la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional que establece que la matriz es responsable subsidiariamente en caso de que la obligación no pueda ser asumida por la subordinada. Asimismo estimó que no se desvirtuó la presunción legal, según



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la cual se presume que la situación concursal se originó por acciones de la matriz sobre la filial, en consecuencia, encontró que la Federación es subsidiariamente responsable; finalmente que al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no le asiste una responsabilidad subsidiaria.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. presentó recurso de apelación, argumentando que no se tuvo en cuenta que la FIDUCIARIA no es sucesora procesal de la FMG, toda vez que solo administra los recursos transferidos por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, precisado que no es la encargada de elaborar las certificaciones ordenadas. Señaló que no tiene en su poder los documentos del demandante, pues aquellos están bajo la custodia de la empresa IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A.S., en virtud de un contrato de custodia celebrado con aquella.

Manifestó que conforme al objeto del contrato de fiducia, solo tiene el deber de realizar pagos siempre y cuando el mandatario con representación haya expedido un acto administrativo reconociendo la prestación y que además la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS haya efectuado el giro de las sumas necesarias para el pago de tal prestación, circunstancias que no se configuraron. Aseveró que carece de legitimación para reconocer las pretensiones solicitadas, dado que están fuera de sus obligaciones como administradora del patrimonio autónomo, puesto que aquel solo fue constituido para realizar el pago de las prestaciones causadas, sin asumir las obligaciones pecuniarias de la FMG.

La sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. presentó recurso de apelación manifestando que la obligación de pagar el cálculo actuarial está en cabeza de terceros, es decir, de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del Fondo Nacional del Café. Precisó que la sociedad no tiene la función de custodiar los documentos de los ex trabajadores de la extinta FMG, pues es la Fiduciaria la encargada de ello, máxime que dicha entidad señaló que la custodia de los documentos corresponde a la sociedad IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A.S., lo que permite deducir que no tiene la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obligación de remitir a COLPENSIONES la documental pertinente con miras a adelantar las gestiones administrativas ordenadas.

Finalmente la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, presentó recurso de apelación argumentando que todas las obligaciones pecuniarias derivadas de los derechos pensionales de los ex trabajadores de la FMG están a cargo del patrimonio autónomo PANFLOTA, por lo que cualquier orden dirigida a la Federación carece de objeto, en tanto el administrador o vocero del patrimonio es el único responsable de las obligaciones pensionales a cargo de la extinta FMG.

Manifestó su inconformidad con el estudio verificado en torno a la responsabilidad subsidiaria, teniendo en cuenta para ello que la Federación utilizó la posibilidad estatuida en el parágrafo 148 de la Ley 222 de 1995, normativa aplicable por ser la vigente al momento de la liquidación de la CIFMG, desvirtuando la presunción de responsabilidad subsidiaria por medio del estudio de viabilidad económica efectuado por reconocidos economistas, en el que se dejó constancia de que la Federación no tuvo responsabilidad alguna en el proceso concursal de la FMG, así como que los órganos directivos de la empresa adoptaron las medidas idóneas para evitar la liquidación de la sociedad.

Añadió que no es procedente dar aplicación a la sentencia SU-1023 de 2001, dado que dicha decisión estuvo encaminada a tomar medidas transitorias respecto de los pensionados de la FMG, situación que no cobija al demandante; refiere además que se debe tener en cuenta el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 15 de febrero de 2001, en el que se dejó por sentado que la Federación no está llamada a responder por el pasivo pensional de la CIFMG.

Señaló que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos para aplicar el antecedente jurisprudencial para habilitar tiempos laborados y no cotizados, dado que en la sentencia SL606 de 2019 se aclaró que tal tesis es aplicable en el evento que los tiempos sean necesarios para la obtención de una pensión, no obstante, el demandante ya recibió la pensión de vejez, en consecuencia, una reliquidación no resulta procedente, más aún cuando el actor debió acudir al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proceso de liquidación de la FMG para reclamar los créditos a su favor, puesto que una decisión contraria vulnera el principio de igualdad de aquellos trabajadores que acudieron al proceso concursal para exigir el pago de sus acreencias.

Señaló además que se debe verificar el periodo de duración de la relación laboral, puesto que para el momento en el que la misma culminó, el actor no tenía derecho alguno en materia pensional de los contemplados en el artículo 259 del C.S.T., en consecuencia el ex empleador cumplió con sus obligaciones pensionales, acotando no es dable pretender la existencia de un deber de aprovisionamiento en virtud de la Ley 90 de 1946, en tanto se imputarían cargas adicionales a los ex empleadores.

En ese orden de ideas, de conformidad con la sentencia T-281 de 2020, el *sub lite* se encuadra en una situación de imprevisión del legislador, en tanto no se establecieron los parámetros para llevar a cabo el eventual aprovisionamiento, por lo tanto, no resulta de recibo trasladar tal responsabilidad a los ex empleadores mediante el pago de cálculos actuariales.

De otro lado, solicitó que en caso de confirmar la condena, se evalúe la procedencia de modificar la orden, teniendo en cuenta las siguientes alternativas: i) que la condena del cálculo actuarial se efectúe teniendo en cuenta sólo los salarios mínimos de la época en el que el demandante prestó sus servicios a la FMG; ii) que en la orden de cálculo actuarial se tenga en cuenta que en la época de la prestación de los servicios del accionante, existían tablas de cotizaciones que imponían topes de salario máximo asegurable, las cuales eran establecidas por el ISS; iii) que el cálculo se realice conforme al salario básico devengado por el actor, por cuanto no se probó la naturaleza salarial de ningún otro factor; iv) que se autorice el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador; v) que se autorice el descuento de días de licencia no remunerada y suspensiones o sanciones en las que se vio inmerso el demandante; vi) que se establezca un vehículo financiero para validar esos tiempos laborados, puesto que el Decreto 1887 de 1994 establece unas circunstancias de aplicación que no concuerdan con las del demandante, por lo que se debe acudir a un método financiero diferente al cálculo actuarial; y vii) que se determine una alternativa financiera para validar los periodos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reclamados, en tanto los trabajadores de la FMG devengaban salarios en moneda extranjera, implicando una conversión a moneda nacional que tampoco fue establecida en el Decreto 1887 de 1994.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinar si le asiste el derecho al actor a la expedición del bono pensional o cálculo actuarial y determinar la responsabilidad que le asiste a cada una de las demandadas en esa obligación.

c. Del caso en concreto:

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre el señor LUIS IGNACIO MARTÍNEZ PLAZAS y la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 17 de diciembre de 1963 y el 21 de diciembre de 1967, hechos ratificados mediante la documental allegada al plenario (FL 212), por tanto el punto de discusión se centrará en determinar si procede el pago del cálculo actuarial, toda vez que existió un periodo de labores sin que se realizaran las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Seguridad Social.

d. Procedencia del pago o traslado del título pensional.

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que esta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio que empezó a construir nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad a partir de la sentencia con radicado No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, en la cual se señaló:

“Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

“Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

“Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS.

“En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

“Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

“Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-2016, SL 4072-2017 y la SL5535-2018, por lo que esta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, en tanto con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, considera la Sala que para los periodos laborados entre el 17 de diciembre de 1963 y el 21 de diciembre de 1967, no existía la obligación legal de afiliación, sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan la seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, allí se indicó que este aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

De otro lado, no es acertado afirmar como lo hace el apelante, que el cálculo actuarial no deba comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional, en este sentido, en sentencia SL 14388-2015, se concluyó por el Tribunal de cierre que en *“aquellos casos en los que se verificaba una falta de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio (...) los lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional.”

A su vez, debe decirse que le asiste razón al *a-quo* al determinar que la elaboración del cálculo actuarial corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normativas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el Fondo de Pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en últimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones siempre ha ordenado el pago del respectivo cálculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

“Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está”.

Ahora bien, frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, debe decirse que corresponde al último salario devengado por el trabajador, por lo que en aras de resolver la apelación propuesta en tal sentido, debe tenerse en cuenta la hoja de valores devengados para prestaciones sociales obrante a folio 31, en la cual, se puede verificar cuales fueron los salarios devengados en el último año de servicio, las primas legales y extralegales, horas extras, dominicales y festivos, alimentación y viáticos, los cuales se liquidaron en dólares americanos (US\$). En este sentido, se determinó en dicha liquidación que lo devengado durante el último año de servicios ascendió a US\$87.90 suma que, convertida a pesos colombianos de la época, teniendo como referencia la tasa representativa del mercado para el año



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1967, que según certificación del Banco de la República¹ equivalía en promedio \$15.76 por dólar.

Una vez realizado el cálculo matemático arroja un promedio mensual equivalente en pesos de \$1.385,33 (=US\$87,90 x \$15.76= \$1.385,33); razón por la cual, se modificará en este aspecto la sentencia teniéndose este como último salario devengado a efectos de realizar el cálculo actuarial, el cual ajustado conforme a las tablas de cotización de aportes establecidas por el ISS para la época a través del Decreto 1991 de 1967, se tiene que este se ubica en la categoría V (desde \$36.00 hasta \$49.99 mensual) toda vez que el salario diario del demandante ascendió a (\$46.177), de tal manera que el salario a tener en cuenta por parte de COLPENSIONES a efectos de realizar el cálculo actuarial debe ser el que corresponde a dicha categoría.

Conforme a lo expuesto, la sentencia se modificará en el sentido de ordenar a COLPENSIONES que realice el cálculo actuarial en los términos antes expuestos.

e. De la responsabilidad de las demandadas.

En el *sub-examine* se tiene que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de pagos No. 3-1-0138, celebrado el 14 de febrero de 2006, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante constituyó Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales recursos por parte de esta sociedad y su destinación al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM. Asimismo, los numerales 4 y 16 de la cláusula cuarta advierten que la FIDUPREVISORA debe cancelar oportunamente las obligaciones que afecten el patrimonio autónomo, siempre y cuando cuente con los recursos para cumplir dicho propósito.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en varias sentencias ha referido que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS es la llamada a responder de manera subsidiaria en calidad de controlante, tal y como se evidencia en la sentencia de la CSJ SL 471 de 2019, en la que se refirió:

¹ http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/Serie_empalmada_promedio_meses_y_datos_fin_mes.xls



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Para este asunto, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario. Tal y como lo adujo esta Sala en sentencia CSJ SL15310-2014.

“[...]

“Así, la Sala advierte que en el expediente obra el certificado de existencia y representación legal de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a folios 8 a 16 vto. en el que se inscribió dicha situación de control, en los siguientes términos:

“Que por documento privado n.º 0000001 de empresario del 18 de mayo de 2006, inscrito el 14 de junio de 2006 bajo el número 00102413 del libro 1 de las entidades sin ánimo de lucro se comunicó que se ha configurado una situación de control por parte de la sociedad matriz: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia con la sociedad de la referencia.”

“Es decir, resulta inane la discusión atinente a la ausencia de unidad de empresa y conexidad en el objeto social, si la situación de subordinación ya está plenamente acreditada.”

En la precitada sentencia también se hace referencia a los autos 400010928, 400016211 Y 400017782 de la Superintendencia de Sociedades, de los cuales se señaló:

“En este orden de ideas, debe entenderse que el auto proferido por la Superintendencia de Sociedades, protege íntegramente a los pensionados, futuros pensionados y sustitutos pensionales (sic), en cumplimiento estricto de la sentencia SU 1023 de 2001, es decir el obligado es y seguirá siendo la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, a quien en ningún momento se le está exonerando de las obligaciones impuestas por la Honorable Corte Constitucional, para lo cual se utilizará el instrumento que es el patrimonio autónomo constituido en Fiduprevisora S.A., quien será el encargado de ejecutar materialmente las obligaciones a cargo de la citada Federación. Advirtiendo igualmente, que las obligaciones dineradas están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y en ningún momento se trasladarán a la Fiduciaria La Previsora S.A., quien como se indicó es el Instrumento para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la accionada”.

Finalmente se señaló, que:

“En tales condiciones, la impugnante no logró demostrar, con base en pruebas calificadas en casación, los errores de hecho que le endilga al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tribunal. Por el contrario, estas reafirman su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales, tal y como lo advirtió palmariamente la misma superintendencia de sociedades al hacer referencia a la ya citada sentencia de la Corte Constitucional.”

Atendiendo a los citados criterios jurisprudenciales, observa esta Sala que le asistió la razón al *a-quo* al considerar que si bien es cierto COLPENSIONES debe reconocer al accionante los tiempos no cotizados por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., dichos tiempos deberá cobrarlos, una vez realice el cálculo actuarial respectivo, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y en el evento en que dicha entidad compruebe que no cuenta con los recursos necesarios para atender dicha obligación, asumirá tal obligación de manera subsidiaria la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del Fondo Nacional del Café.

Criterio este, que se acompasa a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1889-2021, Radicación No. 81240 del 18 de mayo de 2021:

“En todo caso, lo cierto es que las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU1023-2001, avalan el raciocinio del sentenciador de segundo grado, y no, el de la censura. En efecto, en la citada decisión, esa corporación dijo lo siguiente:

“16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

“Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.

Téngase en cuenta además que los recursos del Fondo Nacional del Café son administrados por la Federación Nacional de Cafeteros como persona jurídica y en virtud del contrato de administración firmado periódicamente con el Gobierno Nacional. Así mismo, la titularidad de las acciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante está a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, en tanto es la Federación la persona jurídica, de derecho privado, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café, en virtud del señalado contrato de administración y debido a que el Fondo carece de personalidad jurídica propia.

En aplicación de los anteriores aspectos, las relaciones entre el Gobierno y la Federación están señaladas en la ley y en el contrato de administración. Así por ejemplo, en el contrato de administración celebrado el 12 de noviembre de 1997 se aprecian los siguientes aspectos referentes a la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café:

a. En la cláusula séptima consagra como obligaciones de la Federación Nacional de Cafeteros las de invertir y administrar los recursos del Fondo Nacional del Café.

b. En la cláusula octava señala las actividades que podrá ejecutar la Federación con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, las cuales comprenden, entre otras, las de efectuar inversiones permanentes.

c. La cláusula undécima contempla entre los ingresos corrientes del Fondo Nacional del Café, los provenientes de los rendimientos de las distintas inversiones, incluyendo las financieras, y como otros egresos netos los correspondientes a los programas de inversión que incluyan la capitalización o liquidación de las empresas en las cuales el Fondo Nacional del Café sea accionista.

Los aspectos antes señalados, es decir la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, en este caso y según lo precisó la Corte en la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, “el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

“Se trata, entonces, de una presunción juris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos.

“Por lo tanto, la declaración de fondo sobre la responsabilidad de la matriz compete tomarla, con valor de cosa juzgada, al juez ordinario y no al juez de tutela. En ese escenario corresponderá establecer si la responsabilidad debe establecerse con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, de la firma administradora de los recursos del Fondo, de la Nación o si existen otros responsables por las obligaciones laborales de la compañía en liquidación obligatoria. [Subraya la Sala]

“Con fundamento en el último párrafo de la cita, se tiene que fue justamente en este proceso en el que se discutió cuál de las entidades debía responder, y la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria concluyó que debía hacerlo la Fiduciaria La Previsora SA, en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, y, subsidiariamente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café; conclusiones que, ya se dijo, se fundaron en las pruebas recaudadas en el proceso, sin que en el recurso extraordinario se denunciara que su falta de apreciación o equivocada valoración hubieran conducido al sentenciador de segundo grado a violar la ley.”

De igual manera en la referida providencia dicha Corporación ordenó *“En sede de instancia, se dispone que el pago y traslado de los recursos a Colpensiones, correspondientes al cálculo actuarial indicado en la parte motiva de esta sentencia queda asignado, en su totalidad, como una obligación de la Fiduciaria La Previsora SA, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo Panflota y, en subsidio, de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con cargo al Fondo Nacional del Café”.*

Implica lo enunciado que la decisión adoptada por el fallador de primer grado en torno a las responsabilidades en cabeza de las entidades hoy demandadas se encuentra ajusta a derecho.

Finalmente no es de recibo el argumento a efectos de absolver de responsabilidad a las accionadas en cuanto a aportar las documentales y certificaciones respectivas, aduciendo que las mismas están en poder de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sociedad IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A., ello en tanto el hecho de haber suscrito un contrato de custodia documental, no las exonera de las obligaciones que les asiste.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 27 de abril del 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, En el sentido de precisar que para efectos de la liquidación del cálculo actuarial se deberá tener en cuenta que conforme el último salario devengado por el promotor, este se ubica en la categoría V de que trata del Decreto 1991 de 1967.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 38 2019 00169 01
Demandante: AMADA PATRICIA VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Angelly Juliana Salazar Salcedo*, identificada con cédula de ciudadanía 1.061.783.671, y T.P. 314.157 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio del 2021.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora AMADA PATRICIA VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., con el objeto que se declare la nulidad y correspondiente ineficacia de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrita el 30 de agosto de 1996, por cuanto existió un error de vicio del consentimiento y por ende se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, se condene a las demandadas a registrar en su sistema de información que la demandante no tuvo ninguna afiliación válida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 12 de julio de 1958, y laboró para la empresa LIZARRALDE V HENRY del 1º de febrero de 1983 al 31 de enero de 1994, para TRIBUTAR ASESORES LTDA. del 1º de enero al 30 de agosto de 1996, cotizando para COLPENSIONES; del 1º de septiembre de 1996 al 31 de marzo del 2001, con cotizaciones a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., y del 1º de abril del 2003 a la fecha verificando cotizaciones a PROTECCIÓN S.A.

Afirma que las AFP no le informaron la naturaleza propia de estos fondos, las desventajas del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los distintos escenarios comparativos entre uno y otro régimen; aunado a ello, durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no recibió asesoría profesional completa y comprensible, sobre las diferentes alternativas para la elección del régimen.

El 14 de noviembre del 2018, solicitó a las AFP demandadas la nulidad de la afiliación y a COLPENSIONES la nulidad y activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al momento de contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, afirmando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que no acreditó error, fuerza o dolo en su afiliación a la AFP.



Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte se opuso a las pretensiones, por cuanto nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Solicita se analice el formulario de afiliación, el cual se celebró de forma libre y voluntaria, solemnizándose de esta forma la afiliación.

Propuso como excepción previa falta de integración del litisconsorcio necesario y como de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y Sistema General de Pensiones, la genérica, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, traslado y movilidad del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de diferentes AFP convalida la afiliación al régimen y pago y compensación.

OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., se opuso a las pretensiones refiriendo que además de encontrarse indebidamente formuladas, la vinculación a la AFP constituye un acto válido, en la medida en que AFP cumplió con la obligación legal de ofrecer una asesoría integral y completa a la actora.

Formuló como medios exceptivos de fondo o mérito, los que denomina prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de junio del 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y dadas las resultas del proceso se relevó del estudio de los medios exceptivos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como sustento de su decisión refirió que no guarda congruencia lo aseverado en el interrogatorio de parte con lo alegado en el supuesto fáctico de la demanda, en la cual se hizo alusión a una información que le fue brindada frente a las características del régimen, como la atinente a la edad. Luego, concluyó que el actor si recibió al momento del traslado información relacionada con las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Aduce finalmente que no se evidencia que el demandante haya sido constreñido a afiliarse, ni que se corroboró la existencia de un vicio del consentimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que fue el empleador quien realizó el traslado de régimen pensional; aunado a ello que los traslados horizontales no convalidan la falta de información, máxime que la AFP no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, al limitarse a aportar el formulario de afiliación.

Finalmente, que solo que se le manifestó que el bono pensional se redimiría al cumplir 60 años de edad, sin que haya elevado además una solicitud de reconocimiento pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“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”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que 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 ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante al Fondo Pensionar, OLD MUTUAL S.A., del 30 de agosto de 1996 (Fl 26) y el formulario de afiliación del 12 de febrero del 2003 a PROTECCIÓN S.A. (Fl 27), formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información. Por el contrario, manifestó que inicialmente se afilió a COLPENSIONES, en la que permaneció hasta el año 1996, data en la su nuevo empleador la afilió al Fondo Pensionar, la cual se transformó en OLD MUTUAL S.A.; de otra parte, que con anterioridad un asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A. llevó a cabo una reunión grupal en la que señaló que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, sin explicar las consecuencias del traslado.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
--------------------------	--	--



Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, esta Sala no comparte la decisión del *a-quo* y en consecuencia declarara la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en lo que respecta a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen 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”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración, rendimientos y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

d. Pensión de Vejez:

Ahora bien, como quiera que se accedió a la ineficacia del traslado de régimen, resulta atinado entrar a determinar si la demandante, en efecto tiene derecho a la pensión de vejez reclamada en el libelo genitor.

Sobre este punto, tenemos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o
- (ii) quince (15) años de servicios.



Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

En el presente evento se tiene que la accionante nació el 12 de julio de 1958 (Fl 25), por lo cual para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, por lo que en principio es beneficiaria del régimen de transición. De otra parte, se desprende del reporte de semanas cotizadas obrante a folios 36 a 42, que al 29 de julio del 2005 contaba con más de 750 semanas, por lo que el régimen de transición se extiende hasta el año 2014. Ahora bien, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, consagra:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- “a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.*

La accionante cumplió 55 años de edad el 12 de julio del 2013, y del reporte de semanas cotizadas se evidencia que aportó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 608,14 semanas, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 1.038 semanas; para un total de 1.646,71 semanas; de las cuales 1462 fueron cotizadas con antelación al 31 de diciembre del 2014, dejando causado el derecho a la pensión de vejez bajo el régimen de transición.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con todo, dado que a la fecha la afiliación se encuentra vigente y que para el reconocimiento pensional se debe tener en cuenta hasta la última semana de cotización, acorde lo dispone el artículo 35 del Decreto 758 de 1990, la Sala se limitará a declarar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, acorde lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, siendo en efecto necesario para acceder al derecho pensional que se surta la respectiva desafiliación del sistema.

Como corolario de lo anterior, se revocará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de junio del 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y TRASLADO** realizado por la señora AMANDA PATRICIA VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 30 de agosto de 1996, tramitado por el Fondo Pensionar, OLD MUTUAL S.A. y el traslado horizontal realizado con posterioridad a PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliado la señora AMANDA PATRICIA VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y por ende tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, una vez realice la desafiliación del sistema. Precisando que la misma deberá ser concedida acorde lo reglado en el Acuerdo 049 de 1990, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020