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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **018 2018 00512** 01
DEMANDANTE:	EMILIO GARCÍA DURÁN
DEMANDADO:	JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2021, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que tiene una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, si se tienen en cuenta todas sus patologías en conjunto; consecuencialmente, se condene a la entidad demandada a modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del dictamen n.° 17527028-13620 del 5 de octubre de 2017.

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que desde junio de 2012, se le diagnosticó el padecimiento de las patologías de osteoartrosis primaria generalizada, hipoacusia neurosensorial bilateral, otros trastornos de los discos intervertebrales, episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos, trastorno del sueño, y trastorno de estrés post traumático; que el 25 de julio de

2013, se presentó a calificación a la dependencia de medicina laboral de Colpensiones, oportunidad en que se le determinó un 28.15% de pérdida de capacidad laboral; decisión que fue recurrida ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, quien asignó un porcentaje del 23.25%.

Adujo, que posteriormente, el 19 de diciembre de 2016, Asalud, entidad encargada de calificar a los afiliados de Colpensiones, le asignó una pérdida de capacidad laboral del 40.07%, porcentaje nuevamente impugnado ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la cual determinó tal pérdida en un 31.96%; por lo que, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien mediante dictamen n.° 17527028-13620 del 5 de octubre de 2017, le asignó un 40.47% de pérdida de capacidad laboral, donde además, se señaló que padece múltiples patologías, dentro de las que se encuentran trastornos mentales que, sumados a las patologías físicas, lo limitan funcionalmente para desempeñarse laboralmente (f.° 1-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de octubre de 2018, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 90)

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, manifestó atenerse a lo que se pruebe en el proceso, empero lo anterior, adujo que su decisión cuenta con pleno soporte probatorio, y guarda plena concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la pérdida de capacidad laboral, así como la fecha de estructuración, de conformidad con el estado de salud que presentaba el paciente al momento de su evaluación y a la luz del Manual Único de Calificación (Dto. 1507 de 2014).

Adujo, que no cuenta con la facultad de modificar sus propios dictámenes, más aún cuando el demandante ha sido calificado ya dos veces por esa entidad, por lo que le corresponde al Despacho definir la situación jurídica del demandante, sin que haya lugar a que la Junta Nacional tome de nuevo el caso y se manifieste en una nueva oportunidad sobre el objeto del proceso, pues, el Legislador le confirió exclusivamente al Juez Laboral la competencia para dirimir en definitiva la controversia que se presente frente a un dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó legalidad del dictamen por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la variación de la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen - carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: competencia del Juez Laboral, y buena fe de la parte demandada (f.° 91-114).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 27 de abril de 2021, declaró que el demandante presenta una pérdida de capacidad laboral equivalente al 66.70%, con fecha de estructuración del 12 de diciembre de 2019, cuyo origen es común, de conformidad con el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 11 de mayo de 2020; declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, y la condenó en costas por el valor de $1.000.000 a favor de la parte demandante (f.° 193-194).

Adujo que, acorde con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL 29622/06, SL 5280/18 y SL 4771/19, tales dictámenes no son pruebas solemnes o intocables, de manera que los jueces del trabajo sí tienen plena competencia para examinar los hechos plenamente demostrados, en aras de contextualizar la invalidez establecida por las Juntas, a fin de resolver las controversias que se formulen al respecto.

Consideró que la pérdida de capacidad laboral es un asunto que ostenta un carácter eminentemente técnico y requiere un conocimiento especializado, razón por la cual, pese a que los dictámenes proferidos por las Juntas de calificación de invalidez no son documentos *'ad sustantiam actus'*, resultan importantes, y especialmente, el proferido por la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca, el 11 de mayo de 2020, donde se determinó la invalidez del demandante y se analizaron sus patologías, pues, no solo cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Manual Único de Calificación de Invalidez, sino además, tuvo en cuenta todo el historial presentado por el demandante, su historia clínica y los exámenes médicos que le fueron practicados, razón por la que le dio total credibilidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La entidad **demandada**, solicitó la revocatoria de la sentencia en lo que tiene que ver con la imposición de costas en su contra. Adujo, que la misma resulta poco justa, ya que, si bien el peritaje realizado dentro del proceso arrojó una pérdida de capacidad laboral superior a la dada por la Junta Nacional, dentro de aquella calificación se tuvo en cuenta historias clínicas expedidas con posterioridad a su conocimiento, y la fecha de estructuración se determinó en el 2019, mientras que la calificación proferida por la Junta Nacional se dio en 2016.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el art. 66A del CPTSS, la Sala tendrá como problema jurídico, verificar si resulta procedente o no, la condena en costas impuesta a la entidad demandada por el *a quo*.

Entonces, lo primero que habrá de señalarse, es que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el num. 1.° del art. 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión del art. 145 del CPTSS, debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto. Por su parte, num. 5.° ibídem, prevé que: «*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.° 10554 de 2016, en los que se precisan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, atendiendo el marco normativo citado, resulta necesario tener en cuenta que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, pero por hechos acaecidos con posterioridad a la presentación de la demanda, sin omisión imputable a su actuar; y es que, pese a que se accedió a las

pretensiones incoadas por el demandante y se modificó el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral, tal consecuencia se dio con base en el resultado obtenido en el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (f.° 165-181), que fue decretado por el *a quo* como consecuencia de la solicitud incoada por el demandante.

De esa manera, al analizar tal documental, se avizora que en efecto, como lo aduce la parte demandada, se señaló una fecha diferente de estructuración de la invalidez, y se tuvieron en cuenta patologías y condiciones médicas del demandante acaecidas con posterioridad al 2017, fecha en que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió el dictamen objeto de debate en este proceso, en particular, los diagnósticos "*Episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos, trastorno de estrés postraumático, trastorno cognoscitivo leve, trastorno no orgánico del ciclo del sueño – HNS bilateral*", evidenciados en la prueba neuropsicológica de febrero de 2018, y en la valoración por siquiatría del 27 de diciembre de 2019, conforme al nuevo dictamen emitido en el proceso (f.° 187 a 190); y es por ello, que el dictamen atacado no fue tenido en cuenta por el Juzgador en su decisión, quien no ordenó la modificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado en el mismo, como lo pretendió la parte actora, sino que acogió íntegramente lo dispuesto en el dictamen emitido el 11 de mayo de 2020, se itera, atendiendo a las nuevas y agravadas condiciones de salud del actor, ocurridas con posterioridad al dictamen atacado, en aras de determinar la condición actual de salud del actor.

Para la Sala la prosperidad de las pretensiones fue parcial, puesto que, a pesar de haberse modificado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, ello no fue producto de una modificación del dictamen emitido inicialmente por la Junta Nacional de Invalidez, conforme a la cual se conservaran los demás aspectos de la calificación, como la fecha de estructuración, sino que se acogió en su integridad el dictamen emitido el 11 de mayo de 2020 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá DC y Cundinamarca, que incluyó evaluaciones, diagnósticos y en general circunstancias sobrevinientes, que no se relacionan ni fueron evaluadas con la determinación inicialmente tomada por la entidad demandada, pues de la documental se observa que, la primera evidencia de los mismos, concepto de psicología del 21 de julio de 2017, es posterior al dictamen que se encontraba

revisando en apelación, y a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral determinada (f.° 72 a 77).

En consecuencia, hay lugar a **revocar** el numeral cuarto de la providencia recurrida, para en su lugar, en virtud de lo dispuesto en el mentado num. 5.° del art. 365 del CGP, dadas las particularidades del asunto sometido a consideración, abstenerse de imponer costas a la parte demandada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

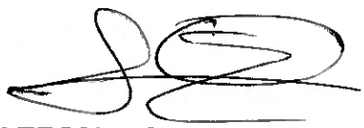
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, abstenerse de imponer costas a la parte demandada, de acuerdo con las motivaciones de esta decisión.

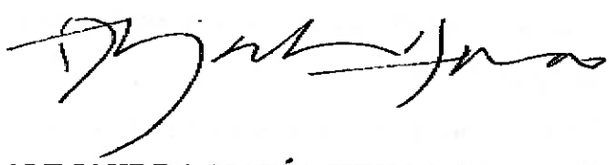
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME ERNESTO PAVA MARÍN** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

EXP. 11001 31 05 **014 2018 00587** 01.

Bogotá DC, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 17 de enero de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, y como consecuencia de ello, se condene a dicha AFP a trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin realizar descuento alguno por gastos de administración y comisiones cobradas; y a Colpensiones, a recibir el dinero trasladado, activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con

Prestación Definida (RPMPD), actualizar su historia laboral, así como reconocerle y pagarle la pensión de vejez, una vez acredite la edad y semanas mínimas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 13 de agosto de 1955, se afilió al RPMPD administrado por el extinto I.S.S. a partir del 1° de marzo de 1980, hasta el mes de agosto de 1996, momento en el que se trasladó a Protección SA; que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual (RAIS), no era conveniente y la asesora comercial de la AFP demandada no brindó información acerca del funcionamiento de ambos regímenes pensionales, sus características, ventajas y desventajas, además, tampoco informó acerca de las consecuencias del traslado de régimen pensional y, en general, incumplió con su deber de información, omisión que le generó perjuicios de orden económico, patrimonial y social irreparables.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 2 de octubre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.° 62), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Protección SA, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda. Indicó que el acto jurídico fue existente, válido, exento de vicios del consentimiento y produjo todos los efectos jurídicos; que al demandante se le ha realizado constante asesoría. Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, con la Nación – Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como emisor del bono pensional del demandante que fue redimido, pagado y acreditado en su cuenta de ahorro individual; y como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e 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 (f.° 96 a 112, 173 a 185).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Protección SA. Propuso como excepción previa

la de falta de jurisdicción y competencia numeral 01, artículo 100 Código general del proceso, con respecto a la falta de agotamiento de la vía administrativa artículo 06 del Código Procesal Laboral; y como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (f.° 130 a 147).

Debidamente notificada (f.° 114), la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio.

Por medio de auto proferido el 20 de agosto de 2020 se ordenó la vinculación del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** (f.° 209), quien contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; advirtió que desconoce las circunstancias en que se dio el traslado del actor entre regímenes, y la asesoría brindada. Solicitó que, en caso de prosperar la pretensión de nulidad, se le reintegre por el demandante o la AFP Protección, los valores reconocidos por concepto de bono pensional Tipo "A", que fue emitido y pagado, debidamente actualizado desde el pago hasta la fecha de reintegro. En su defensa propuso como excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor Jaime Ernesto Pava Marín; buena fe; prescripción; inaplicabilidad del precedente jurisprudencial para el caso concreto; y, violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera (f.° 223 - 241).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de enero de 2022, declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección, el que no surtió ningún efecto y siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones; ordenó a Protección SA, trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo rendimientos financieros y el bono pensional, sin descontar suma alguna por gastos de administración o comisiones, a Colpensiones; negó la pretensión formulada por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Oficina de Bonos Pensionales, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó

en costas a Protección SA y Colpensiones. Acto seguido adicionó la decisión negando el reconocimiento de la pensión de vejez.

Consideró en síntesis que, conforme a la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que se genera la ineficacia del traslado de régimen pensional, ante el incumplimiento del deber de información o entrega de información deficitaria por las administradoras de fondos de pensiones, porque se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados, con antelación al acto de traslado, sobre las características y condiciones de cada uno de los regímenes de pensiones, ventajas y desventajas, desde la vigencia del sistema pensional de la Ley ; que la carga de la prueba de la información está radicada en cabeza de las AFP, sin que resulte determinante la suscripción del formulario de vinculación, el que no es suficiente para acreditar que el consentimiento fue informado; y, atendiendo el carácter vinculante del precedente, lo acoge en su integridad.

Señaló que le correspondía a Protección acreditar en el juicio si cumplió con el deber de información que le correspondía, pero ningún elemento de convicción allegó, respecto de la ilustración dada, ni obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte; tales omisiones le impidieron comprender el alcance de la decisión, sin que la reasesoría permitiera subsanar la omisión en que incurrió en el traslado, por extemporánea, pues la información se debe verificar al momento en que se surte el acto jurídico de traslado y no con posterioridad; que no se demostró la asesoría íntegra, previo al traslado, ni una decisión informada como presupuesto para la eficacia del traslado, procediendo la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, lo que conlleva a que ningún efecto jurídico surtió, a entender que el actor siempre estuvo afiliado al régimen de prima media, e impone ordenar el traslado de todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, sin descontar gastos ni comisiones, porque tales montos pertenecen al sistema de seguridad social y sirven para financiar la pensión, e incluye el bono pensional, emitido y redimido por autorización del actor y solicitud elevada por la AFP, por encontrarse acreditado en la cuenta de ahorro individual del actor, conforme al art. 115 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la pensión de vejez, negó la pretensión por cuanto Colpensiones aún no cuenta con los recursos para financiarla, lo que ocurrirá en virtud de la ejecutoria de la providencia. Y, tratándose de un asunto pensional,

es imprescriptible el reclamo. Todo ello como ha sido precisado por el tribunal de cierre de la jurisdicción.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** apeló el numeral sexto de la sentencia, argumentando que el juez de primera instancia debió ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez desde agosto de 2017, cuando ya había dejado de cotizar al sistema pensional, por encontrarse acreditados los requisitos de procedibilidad, la edad y semanas cotizadas por el demandante, y haberse agotado la reclamación; que no ordenarla genera un efecto negativo, debido a la prescripción de mesadas pensionales una vez se solicite dicho reconocimiento a Colpensiones.

Argumentó que la consecuencia jurídica de la ineficacia y el traslado de los recursos del RAIS al RPMPD es considerar que el demandante permaneció afiliado a Colpensiones, por lo que ordenar el reconocimiento pensional es un paso lógico respecto de la decisión tomada por el juez de primera instancia.

Protección SA, interpuso recurso parcial de apelación contra la decisión, solicitando que se revocara la condena a trasladar los gastos de administración, por considerarla improcedente, toda vez se trata comisiones ya causadas durante la administración de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro del demandante, sumado a que son descuentos realizados conforme a la ley.

Expresó que la condena generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, toda vez que estaría recibiendo dineros que no están encaminados a financiar la pensión de vejez del demandante, además de los rendimientos generados durante el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado al RAIS, adicional a esto, explicó que parte de estas sumas no se encuentran en poder de Protección S.A., toda vez que ya fueron pagadas a las respectivas aseguradoras durante el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado. Y sobre las sumas a devolver por gastos de administración y comisiones opera la prescripción.

Colpensiones, argumentó en su apelación que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, por lo que no podría aplicarse el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia para el caso presente,

además de ello, manifestó que la declaratoria de la ineficacia del traslado y el ordenar que el demandante retorne al RPMPD, genera una afectación a la estabilidad financiera de Colpensiones en la medida en que se le reconocería una pensión de vejez a una persona que no estuvo afiliada a dicho régimen por más de 20 años; y que Colpensiones no puede asumir las consecuencias del negocio jurídico celebrado entre el demandante y Protección SA.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** apeló la sentencia de manera parcial, respecto de los numerales segundo y tercero de la providencia dictada, alegando que no procede la condena a trasladar los bonos pensionales por parte de la AFP demandada, toda vez que no es posible que se haga el traslado de un bono pensional tipo A, exclusivos del RAIS, para financiar la pensión por los tiempos que tenga el afiliado en el sector público, al RPMPD, al que solo atañen los bonos tipo B, no es viable el traslado porque son abiertamente incompatibles, y cita lo dispuesto en el art. 17 del D.3798/2003.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de abril de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

El demandante presentó sus alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, así como en la sustentación del recurso de apelación.

VI.ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado,

respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, si resultaba procedente acceder al reintegro del bono pensional pedido por el Ministerio o la devolución del valor resultante de su redención, obrante en la cuenta de ahorro individual del demandante; y, si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 13 de agosto de 1955 (f.° 8 y 9); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1° de marzo de 1980 hasta el 31 de julio de 1995, 565.14 semanas (f.°

118 - 120); ***iii)*** que el 26 de julio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA (f.° 14 y 279), administradora a la que actualmente se encuentra vinculado, con un total de 795.14 semanas allí cotizadas, hasta el 31 de julio de 2014, según lo informado por dicha AFP en la historia laboral que reposa de f.° 18 a 21, generada el 30 de julio de 2018.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, el demandante suscribió el 26 de julio de 1996, formulario de vinculación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección, entidad a la que se encuentra actualmente vinculado (f.° 14 y 279), y si bien en el formulario se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual

> con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

En consecuencia, al no acreditarse por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 26 de julio de 1996, con su afiliación a la AFP Protección.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con

sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022).

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

Es por ello que no solo se confirmará lo resuelto, sino que se **adicionará el numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP demandada, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media.

En cuanto al punto de apelación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales, quien solicitó reintegro de los valores reconocidos por concepto de bono pensional Tipo "A", que fue emitido y pagado, debidamente actualizado, en caso de prosperar la ineficacia del traslado pensional, como en efecto ocurrió, petición que le fue negada en la primera instancia y por lo que controvierte la decisión, afirmando que no es posible el traslado de un bono pensional de ese tipo como saldo de la cuenta de ahorro individual, por cuanto es exclusivo del RAIS, para financiar la pensión por los tiempos que tenga el afiliado en el sector público, además de la incompatibilidad de esos con los bonos tipo B en el RPMPD, conforme a lo dispuesto en el art. 17 del Decreto 3798 de 2003, debe indicarse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al resolver un asunto similar, en la sentencia CSJ SL1309-2021, precisó:

> [...] debe precisar la Sala, que la redención del bono pensional no puede ser un obstáculo para la recuperación o retorno al régimen de prima media con prestación definida, pues al redimirse pasa a ser un derecho propiedad del afiliado que constituye uno de los recursos con los que se financia su pensión, conforme a lo previsto en el canon 115 *ibidem*, en donde se dispone que estos *«constituyen aportes destinados a contribuir a la formación*

[1] CSJ SL1688-2019.

del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones».

[...]

En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93).

[...]

En este orden, las particularidades que surgieron con posterioridad a dicho trámite adelantado por la (sic) fondo Porvenir y que dieron lugar a que el afiliado no aceptara el valor de la mesada y reclamara luego el retorno al RPM, no pueden servir de fundamento para ordenar ahora la devolución de los bonos a quienes lo emitieron y disponer así una nueva redención de estos a unas entidades que no los administraron y tuvieron en su haber el capital que los conformaba durante todo este tiempo, lo que conllevaría que asumieran las consecuencias de actos atribuibles al propio afiliado, y de contera podría significar un detrimento patrimonial de estas o del sistema pensional, máxime cuando su actuar en aquella oportunidad estuvo ajustado a derecho, y fueron unas circunstancias externas ajenas a ellas que dieron lugar a la situación *sui generis* que hoy nos ocupa.

De otra parte, no sobre advertirle a Colpensiones, que como quiera que el bono pensional del señor [...] se redimió y el dinero hace parte del capital que integra la cuenta de ahorro individual del afiliado, se trasladó en dicha cuenta el monto de la redención del dicho bono más sus rendimientos, por lo cual debe realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la O.B.P., el valor que corresponda.

En ese sentido, tal como lo advirtió la alta corporación, no hay lugar a la devolución del bono pensional a quien lo emitió, como lo pretende el ministerio recurrente, sino que, al trasladarse el monto redimido con sus rendimientos, con el capital que integra la cuenta de ahorro individual, es Colpensiones quien debe realizar lass gestiones administrativas necesarias para establecer las fuentes de financiación de la pensión, y si es del caso, devolver a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los valores que corresponda, lo que conlleva a **confirmar** también en este aspecto la decisión.

Finalmente, respecto al punto de apelación de la parte actora, cuya finalidad es que le sea reconocida la pensión de vejez pretendida, que negada en la primera instancia tras considerar la *a quo* que Colpensiones no cuenta con los recursos para financiarla, le asiste razón al recurrente, puesto que, si la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia de traslado es que se retrotrae toda la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto el traslado y entendiéndose que el afiliado siempre perteneció al régimen de prima media, sin solución de continuidad, esto es, que nunca se trasladó, lógico resulta concluir que en ese mismo sentido, no solo es viable sino oportuno analizar el cumplimiento y acreditación de los requisitos

para el reconocimiento de la pensión de vejez que depreca de ese régimen; y, cosa distinta es que se condicione el cumplimiento de esa orden a la verificación de la devolución de la totalidad de saldos de la cuenta de ahorro individual, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, por ser presupuesto necesario para la financiación de la prestación que se ordene reconocer.

En ese orden, teniendo en cuenta que el demandante nació el 13 de agosto de 1955, a 1° de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, fecha para la que acredita un total de 541.85 semanas cotizadas, por lo que se concluye que no es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, y su prestación de vejez se regula por el régimen general de pensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 33 *ídem*, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, norma que prevé como requisitos para la causación de la pensión de vejez, el cumplimiento de 62 años de edad para el caso de los hombres, edad a la que arribó el demandante el 13 de agosto de 2017, y un mínimo de 1300 semanas de cotización, con las que cuenta desde antes de esa fecha, si se tiene en cuenta que ajustó un total de 1366 semanas cotizadas a 31 de julio de 2014, cuando efectuó su última cotización, y sumados los aportes en ambos regímenes, de donde se deriva que causó el derecho a la pensión de vejez a partir del cumplimiento de la edad mínima prevista por la normativa aplicable, fecha que en este caso coincide con la de disfrute de la prestación, por cuanto la última cotización al sistema pensional fue anterior.

El ingreso base de liquidación (IBL) se calcula conforme a lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, con el promedio del ingreso base de cotización de los últimos 10 años efectivamente cotizados, o de toda la vida, el que resulte superior, en ambos casos actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE; y, el monto o tasa de reemplazo, según la fórmula dispuesta en el art. 34 *ibídem*, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003.

Efectuados los cálculos aritméticos respectivos, a través del grupo liquidador asignado a la Sala Laboral del Tribunal, según cuadro de liquidación anexo a esta decisión, se encuentra que el IBL más favorable es el que se obtiene de promediar los salarios de toda la vida laboral, que asciende a la suma de $2.090.766, actualizado al año 2017, cuando procede el disfrute, cuyo monto corresponde a 65.6%, dando como resultado una primera mesada pensional por valor de $1.371.186, a partir del 13 de agosto de 2017.

En consecuencia, se **revocará el numeral sexto** de la providencia, para en su lugar, **condenar** a la entidad demandada **a reconocer al actor la pensión de vejez**, dentro de los 15 días siguientes al momento en el que reciba las sumas correspondientes a la devolución de la totalidad de aportes pensionales efectuados al fondo privado, rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, con el detalle y en los términos dispuestos en esta sentencia, prestación que deberá pagar a partir del 13 de agosto de 2017, en cuantía inicial de $1.371.186, teniendo en cuenta un total de 13 mesadas pensionales al año, por cuanto se causa después del 31 de julio de 2011, acorde con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo retroactivo a 31 de mayo de 2022 asciende a la suma de $93.644.189,6.

En los anteriores términos se resuelven los puntos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 17 de enero de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de aportes pensionales efectuados al régimen de ahorro individual, así como los rendimientos financieros generados, bonos pensionales redimidos, valores pagados por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, acorde con las consideraciones en esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral sexto de la decisión apelada y consultada, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a JAIME ERNESTO PAVA MARÍN la pensión de vejez, a partir del 13 de agosto de 2017, en cuantía inicial de $1.371.186, teniendo en cuenta un total de 13 mesadas pensionales al año, cuyo retroactivo a 31 de mayo de 2022 asciende a la suma de $93.644.189,6, lo que deberá hacer dentro de los 15 días siguientes al cumplimiento de lo ordenado en el numeral segundo de la sentencia y su adición, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

QUINTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Proceso: Ordinario Laboral Rad-1100131050 14 2018 00587 01
DTE: JAIME ERNESTO PAVA MARÍN
DDO: COLPENSIONES Y OTRO
MP: LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto parcialmente del respetable criterio jurídico de la H. Magistrada Ponente y la H. Magistrada que acompaña la decisión mayoritaria, en este caso en mi criterio el fallo debió únicamente ADICIONARSE el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia y confirmar en lo demás, por los siguientes motivos:

1-La línea jurisprudencial que nos ha fijado nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información

suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente, para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados, que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

Se dejó claro a manera de conclusión: Que el deber de información está establecido en la ley **a cargo de los fondos privados**; que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado; que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; y que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia.

En suma, si bien el reconocimiento de la pensión de vejez es un derecho irrenunciable e imprescriptible, la ineficacia y/o nulidad de traslado se da judicialmente a partir de la ejecutoria del fallo; y en virtud de los dos regímenes pensionales, los cuales son excluyentes, solo a partir del cumplimiento del fallo nace eventualmente la obligación para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de reconocer y pagar cualquier tipo de prestación que reclame el afiliado, de otra manera, sería presumir que COLPENSIONES tuvo responsabilidad directa en el deber de información, el cual se le endilga y es atribuible el Fondo Privado, en relación con su afiliado, el (la) aquí demandante.

Frente al tema, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro órgano de cierre en sentencia SL1022 de 2022 en la que adoctrinó:

"Precisado lo anterior, importa a la Sala destacar que la declaratoria de ineficacia de traslado al RAIS, conlleva a que sea Colpensiones la administradora obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez reclamada, por cuanto, con la prueba documental arrimada al proceso, se encuentra acreditada su existencia o causación a favor de la señora Ligia Ríos Romero.

Lo dicho, teniendo en cuenta que la actora nació el 16 de diciembre de 1957 (folio 16 del cuaderno principal), lo cual es indicativo de que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes de 2014 y según la historia laboral allegada al plenario, para dicha calenda, superaba las 1300 semanas (folios 22 y 103 a 108), presupuestos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para generar la prestación pensional pretendida; ***solo que, tal como se advierte en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto continúa vinculada laboralmente, afiliada y cotizando al Sistema General de Pensiones,*** *según se desprende del oficio n.° 2410 allegado por Porvenir S.A. y obrante en el expediente digital de la Corte bajo el rótulo 'RQJ 41779080.pdf'.*

La historia laboral aportada por Colpensiones (folio 22 del Cuaderno del Juzgado) muestra que la demandante se afilió al extinto ISS el 01/04/1977, figurándole un total de 261,86 semanas efectivamente cotizadas hasta el 30/09/1999.

Porvenir S.A., por su parte, en respuesta al requerimiento efectuado por la Corte, certificó como fecha de afiliación el 24/09/1999 --y como fecha efectiva de afiliación el 01/11/1999--, con una primera cotización para el período 1999/10 y la última para el período 2021/07, con el empleador Ministerio de Cultura y un IBC de $6,148,245, es decir, al corte de la mentada comunicación, la señora Ríos Romero seguía cotizando al Sistema General de Pensiones. Así se lee también en el documento denominado 'Relación de aportes', casilla 'Estado afiliado: VIGENTE'.

Ahora, como se mencionó arriba, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 establece que «Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley».

A su turno, el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 señala que «La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, ***pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma****. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo», y el artículo 35 del mismo reglamento dispone que «Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión»"* *(Subrayas de la Sala).*

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación **el retiro del sistema previamente por parte del afiliado**, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, con el fin u objetivo que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, esto es,

semanas totalmente cotizadas, IBC, etc.,, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el (la) demandante.

Y es que, en gracia de discusión, las diferentes sentencias de la H. Corte Suprema de justicia que ha venido variando a efectos de reconocer la pensión de vejez, tal es el caso de la SL1407 de 2022, SL1349 de 2022, SL831 de 2022, entre otras, previa la declaratoria de ineficacia del traslado, lo hace en aquellos eventos específicos en que el (la) demandante es beneficiario del régimen de transición, situación que no ocurre en el presente asunto.

En ese orden de ideas, no se puede reconocer al (la) demandante un retroactivo pensional desde el 13 de agosto de 2017 como ocurre en el caso bajo estudio, cuando para dicha data no se encontraba ni legal, ni jurídicamente afiliado (a) a COLPENSIONES, es decir, COLPENSIONES solo debe responder por las mesadas a partir de la ejecutoria del Fallo, de otra manera, sería endilgarse una responsabilidad que no le incumbe.

Con el debido respeto, por la decisión mayoritaria, en los anteriores términos dejo salvado mi voto parcial en este caso.

En la fecha, 8 de junio de 2022.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN. 11001 31 05 **028 2019 00528** 01
DEMANDANTE: JUAN FERNANDO TEJADA OROZCO
DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMPENSAR
LLAMADA EN GARANTÍA: LIBERTY SEGUROS SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre él y la Caja de Compensación Familiar - Compensar, desde el 6 de agosto de 2008 hasta el 30 de marzo de 2019.

En consecuencia, que se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales causadas durante el referido lapso, teniendo como base un salario de $10.700.000; de la indemnización por despido sin justa causa; de la indemnización prevista en el art. 65 del CST; de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, y de la diferencia en los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, en salud y pensión.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 6 de agosto de 2008, suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandada por el término de un (1) año, el cual se prorrogó de forma automática hasta el 30 de enero de 2011, data en la cual se celebró un nuevo contrato de prestación de servicios que estuvo vigente hasta el 30 de marzo de 2019; que durante ese lapso prestó sus servicios de forma personal e ininterrumpida; que se desempeñó en el cargo de rehabilitador oral, y que devengaba un salario de $8.700.000.

Sostuvo, que durante la vigencia de la relación laboral, la demandada le suministró todos los elementos necesarios para desempeñar sus funciones; que cumplía un horario de lunes a viernes, cuya jornada iniciaba a las 7:00 am y finalizaba a las 6:00 pm; que se encontraba bajo la subordinación de sus superiores; que recibía instrucciones de forma verbal y escrita vía correo electrónico; que no tenía autonomía para fijar sus periodos vacacionales; que debía portar uniforme y carné de identificación, y asistir a reuniones en donde le informaban las obligaciones que debía cumplir.

Dijo, que el 30 de marzo de 2019 la demandada terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo; que en vigencia del mismo no le fueron pagadas las prestaciones sociales y acreencias laborales, ni se efectuaron los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, debido a que él asumía dicho pago como independiente, y que por tal motivo era acreedor de las indemnizaciones ya indicadas (f.° 3 - 13).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 20 de agosto de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.° 77), quien dio respuesta en término oportuno.

La Caja de Compensación Familiar - Compensar, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que entre ella y el demandante, no existió un contrato de trabajo verbal o escrito, sino contratos de prestación de servicios de naturaleza civil para la prestación autónoma e independiente de servicios en la especialidad de rehabilitación oral; que por la

naturaleza civil del vínculo contractual que lo unió con el actor, este no tenía derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales, acreencias laborales, e indemnizaciones que reclama. Alegó en su favor, las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y de la causa, buena fe, prescripción, compensación, pago, e inexistencia del contrato de trabajo (f.° 191 - 209).

Posteriormente, llamó en garantía a Liberty Seguros SA, para que fuera dicha entidad la que respondiera en caso de una eventual condena, con base en las pólizas de seguro tomadas por el actor, al celebrar los contratos de prestación de servicios, por cubrir las mismas los riesgos de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones laborales (f.° 364 - 367).

Mediante proveído de 13 de diciembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda y se admitió el llamamiento en garantía, presentado por la demandada respecto de Liberty Seguros SA (f.° 426), quien se opuso tanto a las pretensiones de la demanda como al llamamiento en garantía, tras alegar que las pólizas de cumplimiento n.° 1829901 y 2753550 no tienen cobertura para el incumplimiento de las obligaciones laborales o civiles de Compensar con el actor (f.° 435 - 443).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 3 de mayo de 2021, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe, e inexistencia del contrato de trabajo, y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si entre las partes existió una relación laboral, sus extremos temporales y el salario devengado por el actor, para luego verificar si era procedente el pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales, diferencias en los aportes al Sistema de Seguridad Social, e indemnizaciones reclamadas.

Esgrimió, que con las pruebas arrimadas al proceso se pudo constatar que el actor prestó sus servicios de forma personal a Compensar, desde el 6 de agosto de 2008 hasta el 30 de marzo de 2019, mediante la suscripción de dos contratos de prestación de servicios. No obstante, indicó que no se logró evidenciar que el

servicio hubiese sido prestado bajo subordinación o en cumplimiento de un horario de trabajo; que con las cuentas de cobro obrantes en el expediente, se comprobó que el actor cobraba diferentes sumas de dinero de forma mensual, por concepto de consultas y tratamientos de rehabilitación oral, por lo que no podía concluirse que el actor percibía por concepto de sus servicios un salario determinado.

Respecto a la auditoría que realizaba la demandada sobre los contratos de prestación de servicios del demandante, refirió que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la vigilancia, control y supervisión del contratante sobre las obligaciones del contratista no es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia del contrato de trabajo.

Finalmente, adujo que se comprobó que el demandante contrató por propia su cuenta y riesgo a una auxiliar para dar cumplimiento al contrato celebrado con la demandada, lo que demostró autonomía para el desarrollo de su actividad profesional, pues este tipo de contrataciones no podrían llevarse a cabo en el marco de un contrato laboral.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia, argumentando que con las pruebas documentales arrimadas al proceso se demostró la existencia de un vínculo laboral que duró más de 10 años, por cuanto se probaron todos los elementos de un contrato de trabajo, estos son, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

Respecto a la subordinación, indicó que este era el elemento diferenciador entre un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios, y que la presencia de este se evidenciaba en que el demandante, prestó sus servicios bajo las órdenes y supervisión de la demandada, en sus instalaciones, y con la utilización de los insumos que ella le aportaba; que en sentencia SL-981 de 2019, la Corte Suprema de Justicia señaló que el personal que realiza actividades relacionadas con el funcionamiento de una entidad no puede ser vinculado mediante un contrato de prestación de servicios, salvo que dicha contratación sea transitoria, lo que no ocurrió en el presente caso como quiera que el actor laboró por más de 10 años al servicio de Compensar.

Afirmó que no era cierto que el actor tenía autonomía en la prestación del servicio, toda vez que debía solicitar permiso para ausentarse, y tenía un control posterior en sus labores, que no era propiamente una supervisión de su contrato, sino que el mismo se daba por la subordinación a la que estaba sometido, pues tenía que acoger todas las medidas y procedimientos que Compensar le indicaba para realizar su trabajo.

Finalmente solicitó, que se diera aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de junio de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 479).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda y la sustentación del recurso de apelación el actor, y en las contestaciones, la demandada y la llamada (f.° 482 – 484, 486 - 488 y 491 - 492).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo entre el 6 de agosto de 2008 y el 30 de marzo de 2019, y si como consecuencia de ello, hay lugar al ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias reclamadas.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1.° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem,* modificado por el 2.° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se

encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

En el presente caso, se tiene que el 23 de septiembre de 2008, entre el actor y Compensar, se celebró el contrato de prestación de servicios n.° S305/2008, cuyo objeto contractual pactado fue el siguiente: *"CLÁUSULA 1.° OBJETO: La prestación de servicios en salud de Rehabilitación Oral por parte del CONTRATISTA y contenidos en el Anexo N° 1 (Acuerdos de Servicios de Salud y Tarifas), el cual forma parte integral del presente contrato. Los destinatarios de los servicios de salud contratados serán los usuarios a quienes Compensar, expresamente autorice la prestación del servicio"*; y, el 30 de enero de 2011, suscribieron otro contrato de prestación de servicios, cuyo objeto contractual fue idéntico al anterior (f.° 33 - 47).

Por su parte, Paula Natalia Carreño, representante legal de la demandada, al absolver el interrogatorio de parte, expuso que el actor fue contratado por Compensar para que prestara sus servicios como rehabilitador oral, lo cual fue corroborado por los testigos Raúl Castro Gaitán, quien firmó el segundo contrato de prestación de servicios a nombre de la demandada (f.° 47); Erika Liliana Cifuentes Peña, quien afirmó ser la supervisora administrativa de los aludidos contratos, y Edna Lucy Rincón, coordinadora del área de salud oral, en la cual el actor prestaba sus servicios.

De las anteriores probanzas, es dable colegir que las labores encomendadas al actor eran desarrolladas de forma personal. No obstante, se aclara que se acreditó la prestación personal del servicio del demandante, por el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 2008 y el 30 de marzo de 2019, como quiera que ninguna de las partes aportó prueba alguna que diera cuenta de que este tuvo algún vínculo con la demandada desde el 6 de agosto de 2008, como se afirmó en el escrito inaugural.

Aclarado lo anterior, se procederá a analizar si la demandada logró derruir la presunción prevista en el artículo 24 del CST, y por ende, si logró desvirtuar la existencia de la subordinación laboral y demostrar que la labor desempeñada por el actor se realizó de forma autónoma e independiente.

Resulta oportuno precisar que, aunque la demandada invocó los referidos contratos de prestación de servicios para desvirtuar el vínculo de trabajo alegado, lo cierto es que estos documentos no permiten evidenciar la manera como el demandante ejecutó realmente el servicio. Al respecto, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que cuando se invoca la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, estos contratos simplemente dan prueba de su existencia, pero no de la forma en que se desarrollaron (SL1903-2021).

Ahora bien, en sentencia CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258, reiterada en sentencia CSJ SL3345 de 2021, la subordinación fue definida como *«la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»*, lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, para establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

En este asunto, se tiene que el demandante, al absolver el interrogatorio de parte, confesó que prestaba su servicio a la demandada en una franja horaria que fue ofertada por él mismo, y que cuando no prestaba sus servicios a dicha entidad, organizaba su tiempo para laborar en su consultorio particular, como quiera que no había exclusividad. Igualmente, admitió haber contratado directamente a una auxiliar que le colaborara, por ser una ayuda básica para él.

El testigo Raúl Castro Gaitán, quien actualmente se desempeña como gerente de proceso de compras y abastecimiento, desde el año 2015 en Compensar, manifestó que el actor prestó sus servicios de salud oral a la demandada; que el modo en el cual funcionaba la contratación implicaba que el profesional de salud le ofertara a Compensar una franja horaria para la prestación del servicio, para que con base en ella, los usuarios escogieran el horario que mejor se les adecuara. Y aclaró, que el profesional tenía la libertad de generar o cancelar la agenda para la atención de pacientes, así como de suspender el contrato de manera temporal mediante comunicación escrita.

También, afirmó que podía atender pacientes particulares que no fueran remitidos por Compensar, durante la vigencia de los contratos de prestación de

servicios, y que la entidad no le reconocía suma alguna a la auxiliar que fue contratada por el actor.

Por su parte, la testigo Erika Liliana Cifuentes Peña, que actualmente se desempeña como profesional de negociación, afirmó ser la supervisora administrativa del contrato de prestación de servicios que suscribió el actor; corroboró que las citas que atendía fueron acordadas entre él y Compensar, de acuerdo con la franja horaria que él mismo ofertó; que dicha oferta la hizo de forma libre y voluntaria, pasando una carta en la que indicaba los días y el horario que tenía disponible para prestar su servicio, por cuanto ello era de libre escogencia, y que podía bloquear su agenda cuando él lo dispusiera, púes únicamente se le solicitaba que informara de dicho bloqueo.

Dijo, que el actor no recibía llamado de atención alguno cuando no podía asistir a sus citas, y que, si asistía a reuniones o capacitaciones organizadas por Compensar, era a aquellas que se hacían con profesionales de su misma especialidad, con el objeto de informarles del comportamiento del negocio de salud oral.

La testigo Edna Lucy Rincón, quien se desempeñó como coordinadora de salud oral en Compensar, entre el 2013 y el 2017, indicó que el demandante era proveedor de servicios de salud de la entidad como rehabilitador oral; que podía emitir comunicaciones solicitando la cancelación o la suspensión de un contrato de forma autónoma, y que podía prestar sus servicios a otras entidades, así como que Compensar no realizaba pago alguno a la auxiliar que él contrató

Ahora bien, lo dicho por los testigos puede corroborarse con las pruebas documentales obrantes en el expediente, por cuanto obra una comunicación dirigida a Compensar, en donde el actor oferta su franja horaria para prestar los servicios en dicha entidad, así: *"Por medio de la presente les comunico las horas ofertadas. Lunes: 7:30 a.m. A 12 medio día, martes y jueves: 2:30 p.m. a 7 p.m.* Dicha comunicación se encuentra firmada por el actor (f.° 280).

También, se observa que durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios, el demandante solicitó en reiteradas ocasiones su suspensión, y que ello no ocurrió únicamente en el mes de diciembre de cada anualidad para tomar sus vacaciones, como lo afirmó en el interrogatorio de parte, como quiera que dentro del expediente obran varias solicitudes que datan tanto de diciembre como

de otros mensualidades así: diciembre de 2016 (f.° 284): de abril y diciembre de 2014 (f.° 285 - 286); de marzo, julio y diciembre de 2013 (f.° 288 - 290); de abril y diciembre de 2011 (f.° 291 - 292), y de noviembre de 2009 (f.° 293).

Ahora bien, respecto a lo afirmado por la recurrente, respecto a que el actor debía solicitar permiso para ausentarse, tenía un control posterior de sus labores, y debía acoger todas las medidas y procedimientos que Compensar le indicaba para realizar su trabajo, debe decirse que lo que verdaderamente evidenció esta Sala, es que la EPS efectuaba una labor de coordinación, para garantizarle al usuario un buen servicio, al solicitarle al actor que le avisara de la suspensión del contrato, o que asistiera a capacitaciones o reuniones de su misma especialidad, máxime cuando con las pruebas arrimadas al plenario se constató que el contratista era quien ofertaba su franja horaria, lo que denota su autonomía y autodeterminación en la ejecución de los aludidos contratos de prestación de servicios.

Finalmente, debe precisarse que en sentencia SL - 981 de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó que, por regla general, los trabajadores que se vinculaban al extinto ISS, lo hacían mediante contrato de trabajo a término indefinido a excepción de los que ingresaran para desempeñar labores netamente transitorias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.° de la convención colectiva de trabajo (2001 - 2004), precepto este que no es de aplicación al caso en cuestión, como quiera que cada asunto se edifica en unos supuestos fácticos distintos y con condiciones contractuales y de ejecución particulares, que son las que en últimas determinan la naturaleza jurídica de la vinculación.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS, atendiendo a las reglas de la sana crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que en verdad se desvirtuó la presunción de existencia de una relación laboral, así como la subordinación en la ejecución del servicio para el que fue contratado el demandante (art. 24 del CST), y por el contrario, se acreditó la independencia y autonomía técnica y administrativa del contratista para ejecutar la labor convenida con Compensar, razón por la cual, se concluye que acertó la juzgadora de primera instancia al declarar probada la excepción de inexistencia de relación laboral.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN.	11001 31 05 **030 2018 00249** 01
DEMANDANTE:	LUÍS FRANCISCO HOLGUÍN
DEMANDADO:	ACERIAS PAZ DEL RIO S.A.

Bogotá DC, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare la nulidad del acuerdo transaccional, celebrado entre él y la demandada el 19 de febrero de 2016, y de la conciliación celebrada el 7 de marzo de la misma anualidad, por objeto ilícito.

En consecuencia, que se condene a la demandada a devolverle la suma de $49.243.000, debidamente indexada, por haberle sido descontada por concepto de retención en la fuente, pese a ser ilegal, conforme con lo dispuesto en los artículos 383 y 384 del Estatuto Tributario.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que estuvo vinculado en la empresa demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 18 de febrero de 1988 hasta el 19 de febrero de 2016; que el último cargo que desempeñó fue el de "Supervisor de Producción"; que el último salario que devengó fue de $3.686.000; que el 19 de febrero de 2016, celebró un acuerdo transaccional con la demandada, en el que se pactó dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo a cambio del pago de una bonificación por los servicios prestados por la suma de $195.000.000, respecto de la cual se aclaró que no era constitutiva de salario ni factor prestacional para ningún efecto legal; que en el acuerdo se indicó que la suma se pagaría en la diligencia de conciliación que se realizara ante el Ministerio del Trabajo, y que en virtud del mismo, se transigían todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral.

Sostuvo, que el día 29 de febrero de 2016, le fue entregada la liquidación final del contrato de trabajo, en la que se indicó que las acreencias a las que tenía derecho ascendían a la suma de $206.071.369; que en el mismo documento, se señalaron las deducciones que se efectuarían, dentro de las cuales se encontraba la retención en la fuente deprecada, valor que no había sido pagado por la demandada a la autoridad competente; que en la audiencia de conciliación laboral, se rebajó el valor pactado en el acuerdo transaccional, debido a los descuentos realizados; que finalmente le pagaron la suma de $100.758.113, y que el descuento efectuado por concepto de la retención en la fuente es ilegal, conforme con lo previsto en el artículo 383 y 383 del Estatuto Tributario (f.° 130 - 139).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue inadmitida el 17 de mayo de 2018 (f.° 142), siendo subsanada y admitida el 15 de junio de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.° 278), quien dio respuesta en término oportuno.

Acerías Paz del Rio SA, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que al efectuar la liquidación final de los derechos laborales del demandante, y al proceder a su pago, hizo el respectivo descuento por retención en la fuente, actuar que no requiere de autorización alguna, por ser un mandato legal de orden fiscal.

Adujo, que en el acta de conciliación suscrita con el demandante, ante un inspector de trabajo, el día 7 de marzo de 2016, se le puso de presente la liquidación final, en la cual se precisaron con detalle los rubros pagados, y los descuentos, ratificándose que todas las deducciones, retenciones y compensaciones de salario, prestaciones sociales y en general los descuentos de orden laboral que se le hicieron al actor fueron autorizados por él, quien suscribió el acta sin reparo alguno. Y en cuanto a la retención en la fuente que se le practicó, expresó que la misma estaba conforme a lo contemplado en el Estatuto Tributario, y que de hecho, el extrabajador, estando obligado a declarar renta, debió haberla tenido en cuenta para descontar del impuesto a la renta el valor de la retención.

Alegó en su favor, las excepciones de inexistencia de obligaciones en favor del demandante, prescripción, buena fe, cosa juzgada y compensación (f.° 299 - 321).

En audiencia de que trata el art. 77 del CPTSS, la parte actora desistió de la pretensión 1.° declarativa, y de 7 pretensiones declarativas. Por tal motivo, únicamente solicitó que se declara la nulidad del acuerdo transaccional celebrado con la demandada el día 18 de febrero de 2016, y de la conciliación llevada a cabo el día 7 de marzo de la misma anualidad, y en consecuencia, se condenara a la demandada a la devolución de la retención en la fuente (f.° 357)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de abril de 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia de obligaciones de Acerías Paz del Río SA a favor del demandante, y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si había lugar a ordenar la devolución de la suma correspondiente a la retención en la fuente, debidamente indexada, en favor del actor, incluida en la conciliación n.° 043, llevada a cabo el día 7 de marzo de 2016, y en el acuerdo transaccional celebrado el 18 de febrero de 2016,

Indicó, que no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 18 de febrero de 1988 hasta el 19 de febrero de 2016,

que terminó por mutuo acuerdo consignado en el acuerdo de transacción celebrado entre las partes, la liquidación final de prestaciones sociales, y en el Acta de Conciliación n.° 43, suscrita ante el Ministerio del Trabajo el día 7 de marzo de 2016.

Dijo, que en los referidos documentos quedó consignado que al actor le sería reconocida una bonificación por los servicios prestados, por lo que precisó la distinción entre una indemnización por despido, y una bonificación por retiro, en tanto que la primera es una reparación por el daño causado por un despido injusto, mientras que la segunda es un pago de mera liberalidad que hace el empleador sin que exista obligación legal de hacerlo, como sucedió en el caso de autos, motivo por el cual, tributariamente, son distintos los procedimientos de retención en la fuente, siendo más gravosa la de la bonificación por retiro.

Explicó que para las indemnizaciones provenientes de una relación laboral hay una tarifa única del 20% siempre y cuando el trabajador reciba ingresos superiores mensuales a $6.991.081 para el año 2016 de acuerdo con el Estatuto Tributario, y que la bonificación por retiro está sujeta a un procedimiento distinto, con la posibilidad de que el 25% sea considerado como renta exenta, pero que en todo caso es más gravosa para el trabajador.

Concluyó, que cuando se presenta el pago de una bonificación por retiro voluntario, el empleador está obligado a descontar el importe por retención en la fuente y consignarlo a la Dian a nombre del trabajador, quien si estima que el monto es inferior a lo que realmente debía pagar, puede adelantar el procedimiento de reintegro ante la DIAN o dejar que la diferencia sea abonada a futuras obligaciones tributarias, según lo estime conveniente, ya que no es la jurisdicción laboral la que debe determinar el monto a pagar por ese concepto, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, argumentando que el actor celebró un acuerdo de transacción con la empresa el 18 de febrero de 2016, en el que en ninguno de sus apartes se determinó que se le iban a hacer los descuentos de retención en la fuente, por lo que el demandante siempre estuvo fijado en la suma que se acordó en la transacción; que su desacuerdo con la decisión giraba en que había dos

documentos, uno es el acuerdo de transacción el que no se habla de descuentos y debieron quedar estipulados los valores que se iban a descontar; y otro, el acta de conciliación.

Solicitó, que se hiciera un análisis de los referidos documentos para determinar que el acuerdo de transacción es más favorable que la conciliación, y que en dicho acuerdo se debió especificar el valor de los descuentos, para que la voluntad del trabajador no tuviera ningún vicio en el momento de tomar la decisión de firmar los documentos. Por último, expresó que en el momento en que el actor absolvió el interrogatorio de parte, claramente determinó que el día de la firma de la conciliación, le tocó firmar porque no tuvo tiempo de recapacitar ni pensar sobre los descuentos que le habían hecho.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de julio de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 363)

Acerías Paz del Río, presentó sus alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación (f.° 366 - 367).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 66A del CPTSS los problemas jurídicos a resolver, consisten en ***i)*** determinar si se acreditó en este asunto ausencia de voluntad o vicios del consentimiento, en la terminación del contrato de trabajo que existió entre las partes, ***ii)*** y si hay discordancia entre la suma correspondiente a la bonificación, pactada en el acuerdo de transacción, y la reconocida en la audiencia de conciliación al demandante, en virtud de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo acaecida el día 19 de febrero de 2016.

Dentro del plenario, no fue objeto de discusión que ***i)*** que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de febrero de 1988 y el 19 de febrero de 2016, por cuanto así fue admitido por la demandada, y se puede constatar tanto en el acuerdo de transacción y en

el acta de audiencia de conciliación (f.° 17 - 18 y f.° 21 - 22); ***ii)*** que el 18 de febrero de 2016, las partes suscribieron un acuerdo de transacción, con el objeto de dar por terminada por mutuo acuerdo la relación laboral que las ataba (f.° 17 - 18); ***iii)*** y que el 7 de marzo de 2016, las partes asistieron a audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo a efectos de concretar el referido acuerdo (f.° 21 - 22).

De la validez de los acuerdos transaccionales - En torno a la validez de los acuerdos de transacción suscritos entre las partes, según los art. 1508 a 1516 del CC y la jurisprudencia ordinaria laboral, quien pretenda obtener la nulidad respecto de esta clase de acuerdos, por vicios en el consentimiento, está en la obligación de demostrarlos en el respectivo proceso, en razón a que ni el error, ni la fuerza, ni el dolo, como vicios capaces de afectar las declaraciones de voluntad en un contrato, pueden ser presumidos (CSJ sentencia SL13202-2015).

En el presente caso, pretende el accionante que se declare la nulidad del acuerdo transaccional celebrado el día 18 de febrero de 2016, entre él y la demandada, por cuanto en el mismo no se determinó que se iba a efectuar el descuento de retención en la fuente, a la suma que le sería reconocida por concepto de bonificación.

De f.° 17 a f.° 18, obra el acuerdo transaccional suscrito entre las partes, el día 18 de febrero de 2016, en el que se acordó por mutuo acuerdo que decidían dar por terminado el contrato de trabajo que las unió desde el 18 de febrero de 1988, por lo que se acordó el reconocimiento por parte del empleador, de una bonificación por los servicios prestados al trabajador por la suma de $195.000.00, sobre la cual dejaron expresa constancia de que no era constitutiva de salario ni factor prestacional para ningún efecto legal, sin que en el acta se advirtiera que dicha suma sería objeto de descuento alguno, tal como lo afirmó la parte recurrente.

Ahora bien, en el acta de liquidación final del contrato de trabajo, se observa que la misma fue pagada el día 29 de febrero de 2016; que en ella se determinó que el total de lo devengado por el actor correspondía a $206.071.369, y que las deducciones ascendían a la suma de $105.313.256, dentro de las cuales se incluyó el valor de la retención en la fuente mínima, por la suma de $49.213.000, por lo que el neto a pagar fue de $100.758.11. Este documento, se encuentra firmado tanto por el demandante como por el empleador (f.°19 - 20).

Posteriormente, las partes acudieron a audiencia de conciliación, ante el Ministerio del Trabajo, el 7 de marzo de 2016, como quiera que en el acuerdo de transacción se pactó que la bonificación se cancelaría una vez se realizara la audiencia de conciliación ante la autoridad del trabajo (f.° 17). En el acta de conciliación levantada por las partes en esa data, se consignó igualmente el reconocimiento de la bonificación por retiro por el valor de $195.000.000, la liquidación final de prestaciones sociales y los descuentos efectuados en cuantía de $105.313.256, para una suma neta de $100.758.113 recibida por el trabajador, guarismos que son idénticos a los que figuran en la aludida liquidación final.

En ese orden, si bien en el acuerdo de transacción no se dijo que al trabajador se le iba a descontar suma alguna de dinero, el empleador, al momento del pago de la bonificación, estaba en la obligación de retener la suma correspondiente a la retención en la fuente, según el artículo 9 del Decreto 400 de 1987, reproducido en el artículo 1.2.4.1.8 del Decreto 1625 de 2016, "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria", que consagra lo siguiente:

> **"ARTÍCULO 1.2.4.1.8. Retención en la fuente por despido injustificado y bonificaciones por retiro definitivo del trabajador.** La retención en la fuente aplicable a las indemnizaciones por despido injustificado y bonificaciones por retiro definitivo del trabajador, se efectuará así:
>
> a) Se calcula el ingreso mensual promedio del trabajador, dividiendo por doce (12), o por el número de meses de vinculación si es inferior a doce (12), la sumatoria de todos los pagos gravables recibidos directa o indirectamente por el trabajador durante los doce (12) meses anteriores a la fecha de su retiro.
>
> b) Se determina el porcentaje de retención que figure, en la tabla de retención del año en el cual se produjo el retiro del trabajador, frente al valor obtenido de acuerdo con lo previsto en el literal anterior y dicho porcentaje se aplica al valor de la bonificación o indemnización según el caso. La cifra resultante será el valor a retener."

Conforme a la precitada disposición normativa, la retención en la fuente es imperativa tanto para las indemnizaciones por despido injustificado como para las bonificaciones por retiro definitivo, de ahí que si a un trabajador se le reconoce una bonificación por retiro, como es el caso, el empleador está obligado a efectuarle la retención en la fuente y depositarla a órdenes de la DIAN; distinto sería que en el acuerdo de transacción se hubiera dispuesto que el empleador asumiera el valor de la retención en la fuente, que no es lo que ocurrió en el acuerdo transaccional suscrito entre la demandada y el actor.

Por ende, de la referida acta no se desprende que el demandante estuviera en desacuerdo con su contenido, tampoco se evidencian presiones indebidas, coacciones o constreñimientos, o engaños respecto a la suma que le sería reconocida, ni mucho menos discordancia entre la suma pactada en el acuerdo de transacción y la reconocida en el acta de conciliación, pues lo que verdaderamente sucedió es que la empleadora en cumplimiento de la ley tributaria efectuó el respectivo descuento de la retención en la fuente.

Y aún cuando las partes se hubieran ceñido a lo pactado en el acuerdo de transacción en los términos que ya fueron comentados anteriormente, surgía inevitable la obligación del empleador de efectuar la correspondiente retención en la fuente.

Así las cosas, al no haber corrido el demandante con la carga probatoria establecida en el art. 167 del CGP, para demostrar que fue objeto de engaño respecto al valor que le sería reconocido por concepto de la bonificación por retiro, no es posible declarar la nulidad pretendida.

Finalmente, respecto a la pretensión del actor consistente en la devolución de las sumas objeto de retención en la fuente, resulta necesario aclarar que dicha reclamación debe adelantarse ante la DIAN, como quiera que no es la jurisdicción ordinaria laboral, la competente para resolver sobre la devolución de montos retenidos, debido a que ello implicaría impartir órdenes a la referida entidad, lo cual es abiertamente improcedente. Dicha posición ha sido reiterada por nuestro máximo órgano de cierre en sentencias CSJ SL3020-2017, CSJ SL16528-2016, CSJ SL17195-2015, y CSJ SL4351-2015, entre muchas otras.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de abril de 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado