



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **LUZ MARINA DURAN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES.**
RADICACIÓN: **110013105-013-2019-00537-01**
ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES**
TEMA: **MORA PATRONAL**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora LUZ MARINA DURAN a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que de que se declare que los periodos cotizados entre el 01 de enero de 2002 y el 30 de abril de 2004 con el empleador Asociación para la Enseñanza ASPAEN, deben ser imputados a la historia. En ese orden, que se condene a COLPENSIONES a reconocer e imputar los periodos del 01 de enero de 2002 y el 30 de abril de 2004 con el patronal Asociación para la Enseñanza ASPAEN en la historia laboral de LUZ MARINA DURAN, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 20 de noviembre de 1962; que mantuvo una relación laboral con la empresa ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN, desde el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de abril de 2004; que tal entidad omitió realizar los aportes correspondientes entre el 01 de febrero de 2002 hasta el 30 de abril de 2004, correspondiente a 116 semanas; que durante la relación laboral devengó un salario mínimo legal mensual vigente; que el 27 de junio de 2016 la empresa Asociación Para la Enseñanza ASPAEN, procedió a realizar el pago de los aportes en mora por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2001 hasta el 30 de abril de 2004; que radicó solicitud de corrección de historia laboral el 20 de diciembre de 2016, 30 de agosto de 2017 y 19 de septiembre de

2018, sin embargo, no se evidencia normalización de los aportes en mora aportados por el empleador ASPAEN. (Fols. 2 a 7)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 77); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que los ciclos 2002-01 al 04-2004 fueron cancelados de manera extemporánea en junio de 2016, fecha para la cual no tiene relación laboral con el empleador ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, inexistencia de relación contractual con empleador moroso, inexistencia de cobro prejudicado y cálculo actuarial presuntivo, buena fe, y la innominada o genérica (Fols. 78 a 85)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a incluir en la historia laboral las semanas cotizadas por la demandante Luz Marina Duran por el periodo correspondiente al 1 de enero de 2002 al 30 de abril de 2004, condenando en costas a Colpensiones (Fls. 95 a 96, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que Colpensiones, como entidad administradora de pensiones debía de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, proceder a ejercer las acciones de cobro contra el empleador morosos, acciones que no se desplegaron por la entidad, razón por la cual debe imputarse en la historia laboral el periodo del 1 de enero de 2002 al 30 de abril de 2004, máxime cuando la entidad ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN procedió a realizar el pago de los aportes en mora junto con los intereses en el año 2016, es decir, lo hizo de manera extemporánea, pero al haber recibido tales emolumentos por COLPENSIONES, esta se allanó a la mora. Finalmente, impartió condena en costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. No se presentó apelación por las partes, por lo que se envió el expediente para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, dado que no es procedente incluir las semanas que pretende la parte demandante.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia se revisará en su integridad en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, lo que haya sido desfavorable, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:
i) ¿Le asiste derecho a la parte actora que se imputen en la historia laboral el periodo comprendido entre 01 de enero de 2002 al 30 de abril de 2004? Y ii)

¿COLPENSIONES debía ejercer las acciones de cobro ante la omisión en el pago de los aportes por parte del empleador ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN?

Falta de afiliación y mora patronal

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: que conforme la historia laboral de cotizaciones emitida por COLPENSIONES registra para el lapso del 01 de enero de 2002 al 30 de abril de 2004 la novedad de "no registra la relación laboral en afiliación para este pago" y por ello le aparecen como días cotizados "0" (Fols. 9 a 13); que la ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN el 27 de junio de 2016 realizó el pago de los aportes pensionales de la actora correspondiente a los ciclos del 01 de enero de 2002 al 30 de abril de 2004 (Fols. 14 a 18 y 32 a 59); siendo el punto total de discusión la acreditación en la historia laboral del lapso comprendido entre el 01 de enero de 2002 hasta el 30 de abril de 2004, pues mientras el cognoscente de instancia consideró que aquel lapso de tiempo debe computarse e imputarse en la historia laboral; COLPENSIONES aduce en su defensa que fueron pagos realizados de manera extemporánea, y para esa fecha no tiene relación laboral.

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que son dos cuestiones distintas, la mora en el pago de los aportes con la falta de afiliación, ya que la primera está precedida de la afiliación al sistema, pero el obligado a efectuar las cotizaciones omite su deber en realizar tales aportaciones, mientras que en el segundo evento se presenta cuando el empleador no comunica el ingreso al sistema del trabajador. Aspectos trascendentales en lo que tiene que ver con la responsabilidad del fondo de pensiones, ya que en el primer evento está en la obligación de ejercer las acciones coactivas para perseguir el pago de los aportes al empleador moroso, en tanto que en la segunda no se endilga tal obligación, ya que debe mediar *"el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral"* (SL837-2020).

Ab initio, cumple resaltar que ciertamente la postura del a quo, en lo relativo a que le correspondía a COLPENSIONES adelantar las acciones de cobro como lo delimita el artículo 24 de la ley 100 de 1993, tiene asidero, pues en el asunto bajo examen estamos frente a un tema de mora patronal por falta de pago del aporte pensional y no a la omisión de pago por falta de afiliación, ya que se logra extraer de la historia laboral que la actora venía afiliada con el empleador ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN desde el 01 de febrero de 2001 (Fol. 14), entidad que pagó los aportes de manera normal hasta el 31 de diciembre de 2001, incurriendo en mora patronal desde el 01 de enero de 2002 hasta el 30 de abril de 2004, lapso en el cual, ninguna gestión de cobro se adelantó por COLPENSIONES.

Ahora, sobre este tópico, ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien le corresponde a la entidad de seguridad social adelantar las acciones de cobro, no por ello deben imputarse periodos a la historia laboral sin verificar sumariamente la existencia de la relación laboral, lo que significa que a pesar de compartir la posición del a quo al respecto, la decisión debía también tener soporte en la verificación sumaria de la existencia de la relación laboral. Al respecto dijo la Corte:

"En este sentido, importa recordar que esta Corporación ha adoctrinado, de manera pacífica y reiterada, que para convalidar los aportes en mora del empleador cuando la administradora de pensiones no activa los mecanismos de cobro para el recaudo de los aportes, se requiere la comprobación de la existencia de la relación laboral durante el período en que el trabajador dice haber prestado sus servicios, aspecto que paso por alto el Tribunal con relación a los dos períodos validados con la empleadora Isabel Montaña de Santander, a pesar de que en uno de ellos en la historia laboral aparece la anotación 'no registra la relación laboral en afiliación para este pago' para los ciclos de 1995, y en el otro, no aparece demostrada la afiliación para el año 1994, lo que con mayor razón hace necesaria la verificación del vínculo laboral.

En el sentido indicado, en la sentencia CSJ SL 3692-2020, la Sala adoctrinó:

*(...)
[...] en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral»; en la SL8082-2015, señaló que «los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio», y en la SL759-2018 sostuvo que «la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras*

Es claro entonces, que para que pueda hablarse de mora patronal, se requiere la existencia de una relación laboral que así la genere, por lo que no puede el operador judicial endilgarle a la administradora de pensiones una responsabilidad automática ante los reportes de falta de pago por parte del empleador reflejados en la historia laboral.

Dicho de otra manera, no puede el juez entrar a convalidar periodos con una aparente mora patronal, sin tener la certeza de que en estos el trabajador haya tenido vigente un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos periodos, como se dijo en líneas anteriores, dado que no solo podría conllevar a cargarle o imputarle al sistema pensional, un número de semanas no cotizadas por el asegurado, sino a declarar la existencia de un contrato de trabajo, con las consecuencias que ello acarrea; lo que además supone un claro desconocimiento a un principio medular del ordenamiento jurídico del trabajo, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formas".

Nótese que en el sub examine, como se dijo previamente, la actora venia cotizando con el empleador ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN desde el 01 de febrero de 2001 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, sin que se haya reportado la novedad de retiro para esa calenda, lo que generó que a partir del 01 de enero de 2002 incurriera en mora patronal, pero ese solo hecho y la omisión de la entidad de iniciar las acciones de cobro no conllevan a que debe cargarse periodos en la historia labora, ya que debe verificarse si no se trató de una simple omisión del empleador en

reportar la novedad de retiro, aspecto que podría llevar a una decisión diferente a la que aquí se adopta; por lo cual, una vez revisado el cardumen probatorio allegado al legado, se tiene que el empleador omiso ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN pagó los aportes en mora el 27 de junio de 2016 (Fols. 15 vuelto y 32 a 59), junto con los respectivos intereses de mora, es decir, es el mismo empleador quien reconoce que la relación laboral se extendió hasta el 30 de abril de 2004, y que no se trató de la omisión en el reporte de la novedad de retiro al 31 de diciembre de 2001.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la documental obrante en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES (GEN-ANX-CI-2016_8357277-2011141), en la que es la misma entidad ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN quien anexa los comprobantes de pago realizados el 27 de junio de 2016 (Fols. 2 a 51), y esgrime que *"mediante el presente escrito me permito solicitar se le reconozcan los periodos en mora desde enero de 2002 hasta abril de 2004, los cuales aportó en la presente corrección de la historia laboral de mi trabajadora la señora LUZ MARINA DURAN, ya que en calidad de empleador omití los pagos y en los que nos encontramos en pago de las acreencias de los trabajadores faltantes"*, lo que permite inferir que los aportes realizados de manera extemporánea por el empleador, corresponden a la relación laboral que sostuvo con la actora, y en ese sentido, logra la activa *"acreditar o al menos aportar una inferencia plausible respecto a que el vínculo laboral subsistió en el citado interregno"* (CSJ SL1355-2019 y CSJ SL3160-2019).

Ahora bien, ha de memorarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *"los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad»"*, es decir, que los hechos contenidos en documentos emanados del empleador se tienen por ciertos, salvo que obre prueba en contrario, situación que lleva a la Sala a darle total credibilidad y certeza a la documental de folio 1 (GEN-ANX-CI-2016_8357277-2011141), no solo por su contenido explícito, sino también porque logra corroborarse con los pagos realizados por tal entidad junto con los intereses moratorios por los lapsos en que incurrió en mora, esto es, del 01 de enero de 2002 hasta el 30 de abril de 2004.

En efecto, no fue equivocada la decisión del cognoscente de instancia en impartir condena a cargo de COLPENSIONES, para que proceda a cargar en la historia laboral de la actora el periodo correspondiente del 01 de enero de 2002 hasta el 30 de abril de 2004.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por haberse revisado la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

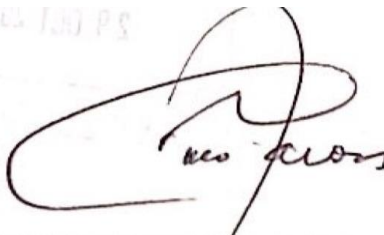
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FERNANDO JOSÉ TORRES PANIAGUA.
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-007-2020-00430-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FERNANDO JOSÉ TORRES PANIAGUA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; que se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante; que se ordene a Colpensiones la aceptación del demandante al RPMPD; lo ultra y extra petita, y las costas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 16 de junio de 1957; que se afilió al ISS desde el 1 de agosto de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1995; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 15 de septiembre de 1995; que la AFP del RAIS lo indujo a trasladarse ofreciéndole que obtendría una mejor pensión; que la AFP no le brindó la información necesaria y completa para trasladarse de régimen pensional; que el 06 de marzo de 2020 presentó solicitud de nulidad o invalidez de la afiliación ante Colpensiones y Protección S.A., pero le fue negado. (fols. 2 a 22 archivo No 02).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 7); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; que no obra prueba alguna de que se le haya hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento; que no se

evidencia nota de protesto en la solicitud de afiliación; que no cumple con los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010 para proceder al traslado. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal legal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 41 archivo No 05).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda señalando para tal efecto que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó de manera libre y expresa; que Protección brindó al demandante información clara, oportuna y cierta; que no se puede pretender la nulidad o ineficacia del traslado solamente soportado en las expectativas económicas respecto de la pensión de vejez. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y finalmente la de inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Fols. 1 a 28 archivo No 04)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante del RPMPD al RAIS; ordenó a la AFP Protección a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos generado; condenó a Protección S.A. a devolver los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante; declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas. Finalmente condenó en costas solo a PROTECCIÓN S.A..

La decisión del juez tuvo sustento en el Decreto 663 de 1993; Decreto 656 de 1994; el artículo 1603 del Código Civil; Ley 1328 de 2009; Ley 1748 de 2014; Decreto 2071 de 2015; el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; el artículo 167 del Código General del Proceso; las sentencias SL1452 de 2019 y SL1688 de 2019; señalando para tal efecto que la información necesaria es la descripción de las características, condiciones de acceso de cada régimen, además de las ventajas, desventajas y riesgos; que desde la expedición de la ley 100 de 1993 tenían el deber de información a favor de los trabajadores que se pretendían trasladar de régimen; que la AFP Protección debió suministrarle la información suficiente al demandante; que la AFP Protección debió suministrar las pruebas que lleven a concluir que si se le brindó la información suficiente y el cumplimiento de su deber de información; que el actor no es beneficiario del régimen de transición, pero ello no era óbice para que la AFP se sustraiga de brindar el deber de información; que el formulario de afiliación no es suficiente pues se encuentra acreditado que el demandante no tenía conocimiento de las características del RAIS; que la AFP Protección S.A. debe devolver la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual como capital, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades de manera indexada; que no opera la prescripción por ser un derecho irrenunciable e imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que no se trata de aplicar de forma indiscriminada las sentencias de la Corte, ya que debe analizarse cada caso en concreto el deber de información; que se socava los principios de la seguridad social como la libre elección de régimen pensional y la autonomía en la voluntad del afiliado; que una persona con más de 25 años que no ha aportado al régimen pensional no puede beneficiarse de los aportes de quienes han estado afiliados en el régimen de prima media; que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse ante el cambio de régimen pensional; que en gracia de discusión, al advertirse el vicio, el mismo se tuvo que haber manifestado y además que de esa data contaba con 4 años para demandar la nulidad, de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil, de lo contrario opera la ratificación tacita, saneándose la irregularidad; que la ineficacia no puede estructurarse con las expectativas económicas sobre el derecho pensional; que el demandante tenía conocimiento de los dos regímenes pensionales y que debía trasladarse antes de los diez años; que teniendo la oportunidad de trasladarse no lo hizo; que el traslado afecta la estabilidad financiera y el futuro de los actuales pensionados, conforme la sentencia T489 de 2020.

5.2 PROTECCIÓN S.A.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que los descuentos de gastos de administración y comisiones son descuentos establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además son valores ya causados y se hizo una buena administración; que opera las prestaciones acaecidas conforme la sentencia de radicado No 31989 de 2008; que sobre los gastos de administración opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo y no financia la prestación económica; que el artículo 113 de la ley 100 de 1993, no contempla la devolución de los gastos de administración; que la indexación no opera ya que los aportes se encuentran capitalizados a la fecha, por lo que indexar la condena se estaría incurriendo en una doble condena.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

7.2 Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que no se brindó la información exigible por la jurisprudencia al momento del traslado de régimen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor FERNANDO JOSÉ TORRES PANIAGUA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de agosto de 1977, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 30 archivo No 02) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. con fecha del 15 de septiembre de 1995 (Fol. 31 archivo No 02), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún

a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado

permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se confirmará que la devolución se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos a que hace referencia el recurrente es en cuenta a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre los conceptos de garantía de pensión mínima, gastos de administración y comisiones.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de*

ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues la alzada de Protección S.A. referida a que son improcedentes las costas no sale adelante, dado que resultó ser parte vencida en el proceso, generándose las mismas de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo del 2022, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, el porcentaje destinado al **fondo de garantía de pensión mínima**, de manera íntegra e indexado, **el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

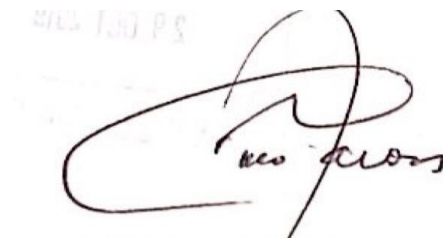
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **CLEMENTE ROJAS TAPIERO**
DEMANDADO: **UGPP y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-023-2020-00042-01**
ASUNTO: **APELACIÓN**
TEMA: **PENSION DE INVALIDEZ ORIGEN PROFESIONAL**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor CLEMENTE ROJAS TAPIERO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que tiene una pérdida de capacidad laboral del 81.60%, con fecha de estructuración del 14 de febrero de 1996, y como consecuencia de lo anterior, se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 14 de febrero de 1996, el retroactivo, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios para la empresa COEXMINAS S.A. desde el año de 1993 hasta el 2013; que desde el año de 1995 se encontraba afiliado para riesgos laborales al Seguro Social hoy Positiva S.A.; que el 14 de febrero de 1996 sufrió un accidente de trabajo; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 11 de septiembre de 2001 determinó que cuenta con una PCL del 81.60%, con fecha de estructuración del 14 de febrero de 1996, de origen profesional; que solicitó ante el Seguros Social la pensión de invalidez, pero le fue negada a través de respuesta del 13 de marzo de 2006, argumentando que el empleador COEXMINA S.A. presenta mora en el pago de los aportes; que POSITIVA S.A. no efectuó el cobro de aportes ante COEXMINA S.A.; que el 7 de diciembre de 2017 presentó reclamación ante POSITIVA S.A., pero a través de respuesta del 22 de diciembre de 2017, le comunicó que la competente para resolver es la UGPP; que el 20 de febrero de 2018 presentó reclamación ante la UGPP, y esta le fue negada a través de resolución RDP016618 del 9 de mayo de 2018; que el 11 de julio de 2018 presentó nuevamente solicitud ante la UGPP, pero le fue desatendida el 03 de septiembre de 2018; que nuevamente el 02 de octubre de 2018 presentó reclamación de la pensión, y la UGPP emitió respuesta negativa a través de resolución RDP041715 del 8 de noviembre de 2018, ante la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto negativamente el

recurso de reposición mediante resolución RDP0047181 del 15 de diciembre de 2018, al no allegar dictamen de revisión de la calificación durante los últimos tres años. Finalmente, aduce que el recurso de apelación fue decidido de manera desfavorable a través de resolución RDP001481 del 21 de enero de 2019. (Fols. 3 a 25 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Ésta fue notificada en debida forma (fol. 117 a 118); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones

3.1 POSITIVA S.A.. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que tal entidad ha cumplido oportunamente con sus obligaciones de ley, además que la competencia para resolver el tema de reconocimientos pensionales causados en el ISS riesgos laborales, es la UGPP. Propuso como excepciones de fondo la de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Positiva S.A.- mi mandante no es responsable del reconocimiento y pago de pensiones causadas ante el ISS, ausencia de responsabilidad de Positiva S.A. de asumir alguna prestación a favor del demandante, ausencia de solidaridad entre Positiva S.A. y la UGPP, pago y/o compensación, prescripción de los eventuales derechos o acciones en cabeza del demandante, buena fe, y la genérica (fls. 41 a 53).

3.2 COEXMINAS S.A.: Como réplica a la demanda manifestó que no se opone a las pretensiones de la demanda, ya que se trata de unas pretensiones dirigidas contra un tercero (UGPP y POSITIVA S.A.) ajeno a la entidad vinculada. Como excepciones de mérito rotuló las de ausencia de la obligación, prescripción, improcedencia de la indexación, no pago de los intereses moratorios, improcedencia de condena en costas y la genérica (Fols. 54 a 67).

3.3 UGPP. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 3 de julio de 2001, establece que se trata de un accidente de origen profesional, sin establecer la entidad empleadora y clase de accidente, tampoco se aportó el informe del accidente de trabajo, ni la afiliación a riesgos laborales con el respectivo pago de aportes; que de acuerdo con la documental le corresponde el reconocimiento pensional a la empresa donde ocurrió presuntamente el accidente. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de indexación, improcedencia de condena en costas, y la genérica (Fol. 68 y 74).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la pensión de invalidez de origen laboral a partir del 14 de febrero de 1996, en cuantía de UN SMLMV y a razón de catorce mesadas anuales; condenó a la UGPP a reconocer las mesadas pensionales retroactivas desde el 24 de enero de 2017, con ocasión a la prescripción, y de forma vitalicia, autorizando los descuentos correspondientes en salud; condenó a la indexación; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y no probadas las demás excepciones propuestas; absolvió a Positiva S.A. y Coexminas S.A. de las pretensiones, y gravó en costas a la UGPP (Fols. 1 a 2 archivo acta con audiencia virtual).

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si el asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Adujo que la negativa de la UGPP estaba centrada en que el empleador COEXMINAS S.A. no había sufragado los aportes durante el lapso en que fue estructurada la invalidez, ante la cual, consideró que siguiendo los predicamentos de la sentencia SL50-3192019 y SL6035-2015, la falta de afiliación es diferente a la omisión en el pago de aportes, siendo que en el primer evento es el empleador quien tiene que asumir las prestaciones, mientras que en el segundo evento la entidad de seguridad social tiene facultades para cobrar al empleador la mora, junto con los intereses, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 1295 de 1994, artículo 17 del Decreto 1772 de 1994, y artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Dijo que la falta de cotizaciones o mora en el pago por parte del empleador, en nada afecta el derecho del afiliado a percibir las prestaciones del sistema, asimismo que la mora en el pago del aporte por parte del empleador no es imputable al afiliado. En el caso concreto encontró que el demandante fue afiliado al extinto ISS- riesgos laborales, desde el 27 de agosto de 1993 con el empleador COEXMINAS S.A., vigente para la fecha en que sufrió el accidente de trabajo (14 de febrero de 1996), y que a pesar de estar en mora el empleador COEXMINAS S.A., ello no era óbice para negar la prestación reclamada.

Igualmente, constató que en el expediente obra el dictamen emitido por la Junta Nacional del Calificación de Invalidez, en la que se determinó una PCL del 81.56%, de origen laboral y con fecha de estructuración del 14 de febrero de 1996, dictamen que no tachado ni desconocido, por lo que se otorga plena validez, y fue con aquel que procedió a darle paso al reconocimiento pensional por cumplir con los presupuestos de 46 y siguientes del Decreto 1295 de 1994.

Estableció que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la ley 1753 de 2015, le compete a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez deprecada, pues es tal entidad quien asumió las prestaciones económicas del extinto ISS- riesgos laborales. La pensión la determinó en un SMLMV por cuanto sus cotizaciones fueron sobre esa base, y por ende, de conformidad con el artículo 48 del Decreto 1295 de 1994, su mesada pensional no puede ser inferior a un SMLMV, y sobre 14 mesadas anuales por haberse causado la prestación en el año de 1996.

Frente a la excepción de prescripción consideró que la misma se interrumpe con la primera reclamación, por lo que no se tendrán en cuenta las reclamaciones realizadas con posterioridad, en ese sentido, como la reclamación se efectuó el 20 de febrero de 2006, resuelta de manera negativa a través de resolución No 01286 del 13 de marzo de 2006, y la demanda se presentó el 24 de enero de 2020, esto es, por fuera de los tres años, declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de enero de 2017.

Sobre los intereses moratorios indicó que no son procedentes, dado que el reconocimiento pensional se hizo en virtud del cambio jurisprudencial, ya que para la fecha en que reclamó la prestación, ante la omisión en el aporte por parte del empleador, era este quien debía responder por las prestaciones, y por ello, ante la impropiedad de los intereses moratorios, ordenó la indexación por el efecto de la

devaluación del dinero, indexación que va desde su causación hasta la fecha efectiva del pago.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, se presentó apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 DEMANDANTE.: Manifestó que debe prosperar los intereses moratorios, ya que si bien existió un cambio jurisprudencial, lo cierto es que cuando elevó la solicitud ante la UGPP, AÑO 2017, ya se había dado el cambio jurisprudencia conforme la sentencia SL45076 del 20 de abril de 2015, en la que se indicó que para la procedencia de los intereses moratorios no interesa analizar la buena o mala fe o la mora del empleador.

5.2 UGPP.: Sustenta la alzada, esgrimiendo que las pretensiones no están llamadas a prosperar, ya que no se giraron oportunamente las cotizaciones a la entidad de la seguridad social, y por ello es el empleadora quien debe responder conforme los artículos 161 de la Ley 100 de 1993, y artículo 21 Decreto 1295 de 1994; que el dictamen data del 11 de septiembre de 2001, y conforme el artículo 44 ley 100 de 1993, el solicitante se encuentra en la obligación de someterse a los controles médicos y revisión de la calificación, el cual no fue aportado al momento de realizar la solicitud; que el demandante continuó laborando en la empresa COEXMINAS hasta el 25 de junio de 2013, es decir, con posterioridad al accidente de trabajo; que deben ser las entidades competentes las que determinen la pérdida de capacidad laboral del demandante; que la UGPP no incurrió en actuaciones dilatorias o de mala fe, por lo que no es merecedora de la condena en costas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante: Manifiesta que le asiste derecho al demandante a la pensión de invalidez, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

6.2 UGPP.: Solicita que se revoque la decisión que reconoció la prestación, dado que no se tiene certeza absoluta de la pérdida de capacidad laboral del demandante, además que tampoco es procedente la condena en costas.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, así como también, se revisará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP en lo que le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar: (i) ¿Cuándo se presenta mora patronal ante el sistema general de riesgos laborales, el obligado a responder por las prestaciones es el empleador? En caso negativo (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez al actor a cargo de la UGPP? y ¿Hay lugar a los intereses moratorios?

MORA PATRONAL-PENSIÓN DE INVALIDEZ

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen el 11 de septiembre de 2001, en la que calificó al demandante con una PCL del 81.60% con fecha de estructuración del 14 de febrero de 1996 (Fols. 1 a 4 archivo calificación); (ii) que mediante oficio No 01286 del 13 de marzo de 2006, el otrora ISS, le niega el derecho pensional con fundamento en que COEXMINAS S.A. estaba en mora en el pago de los aportes para la fecha en que ocurrió el accidente laboral (Fol. 65 memorial administrativo); (iii) que la UGPP a través de resoluciones RDP041715 del 18 de octubre de 2018, RDP047181 del 15 de diciembre de 2018, y RDP001481 del 21 de enero de 2019 (Fols. 35 a 45), negó la prestación, siendo el punto neural del debate establecer, si ante la mora en el pago de los aportes al sistema general de riesgos laborales por parte de COEXMINAS S.A., es esta entidad quien debe responder por la prestación económica reclamada.

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que son dos cuestiones distintas, la mora en el pago de los aportes con la falta de afiliación, ya que la primera está precedida de la afiliación al sistema, pero el obligado a efectuar las cotizaciones omite su deber en realizar tales aportaciones, mientras que en el segundo evento se presenta cuando el empleador no comunica el ingreso al sistema del trabajador. Aspectos trascendentales en lo que tiene que ver con la responsabilidad del fondo de pensiones, ya que en el primer evento está en la obligación de ejercer las acciones coactivas para perseguir el pago de los aportes al empleador moroso, en tanto que en la segunda no se endilga tal obligación, ya que debe mediar *"el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral"* (SL837-2020).

Ahora, en lo relativo al sistema general de riesgos laborales, la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicado No 34270 del 22 de julio de 2008, ya venía pregonando la asunción de las prestaciones económicas a cargo de la entidad de seguridad social en los eventos de mora patronal, por lo que, desde ya se dirá que es equivocada la negativa de la UGPP en el reconocimiento pensional con fundamento en la mora patronal en que haya incurrido COEXMINAS S.A., pues debió adelantar todos los mecanismos legales a su alcance para perseguir al empleador moroso, en particular, las acciones de cobro conforme lo establecido en el artículo 23 del Decreto 1295 de 1994, vigente para el año de 1996. Al respecto, dijo la Corte:

"Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.
(...)

El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto

genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”

En el sub examine, debe tenerse en cuenta que la entidad demandada COEXMINAS S.A., arrimó al expediente el “aviso de entrada del trabajador” (Fol. 33 anexos), en la que se constata que el demandante fue afiliado al ISS el 27 de agosto de 1993, por lo que, de conformidad con lo establecido en el literal k) del artículo 4º del Decreto 1295 de 1994- vigente para la época- “*La cobertura del sistema se inicia desde el día calendario siguiente al de la afiliación*”, esto es, que el actor tenía cobertura desde el 28 de agosto de 1993. Aúnese a lo anterior, que obran cotizaciones con ese empleador hasta el 30 de enero de 1995 (Fol. 97), y con posterioridad a esa data entró en mora, sin que se evidencie alguna actuación por parte del otrora ISS-riesgos laborales, tendiente a realizar las acciones de cobro ante COEXMINAS S.A..

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el otrora ISS, en la resolución No 01286 del 13 de marzo de 2006 (Fols. 58), negó la prestación aduciendo que el empleador no cotizó algunos periodos, y que los periodos 1995-11 al 1996-02, los canceló el 20 de septiembre de 2002, es decir, después de ocurrido el evento, lo que lleva a inferir que el empleador trató de colocarse al día, a pesar de no existir acción de cobro por parte de la entidad de seguridad social.

Asimismo, obra el “informe patronal de accidentes de trabajo” (Fol. 89 anexos), radicado al otrora ISS el 16 de febrero de 1996, en la que da cuenta del accidente de trabajo que dio lugar posteriormente a la calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, lo que significa que el actor tenía una afiliación vigente con el ISS – riesgos laborales, siendo su empleador COEXMINAS S.A., quien a pesar de encontrarse en mora para esa calenda, no puede de ninguna manera dar lugar a exonerar de la obligación a la entidad de seguridad social, ya que como se dijo en la providencia extractada no le es imputable al afiliado las consecuencias de la mora en que pudo incurrir su empleador.

Para reforzar lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL6035-2015, en un caso de similares contornos, concluyó:

*"En síntesis, la falta de cotizaciones, o su mora en el pago, en nada afectan la calidad de afiliado del trabajador al sistema de seguridad social, como tampoco es dable confundir el acto jurídico de la afiliación con el de la cotización. Más aún, la falta de pago de cotizaciones al sistema o la mora en su cubrimiento, no son omisiones atribuibles al trabajador, por manera que por el mero hecho de contar con la calidad de afiliado bien puede exigir de aquél las prestaciones a que tenga derecho al cumplir las exigencias propias de cada uno, sin que le sea imputable el incumplimiento de su empleador. **De contera, no es el empleador el llamado a cubrir las dichas prestaciones**". (Negrilla fuera del texto)*

En ese orden, se despacha de manera negativa la alzada referida a que es el empleador y no la entidad de seguridad social la que debe asumir la prestación reclamada por el actor.

Por otro lado, acota la Sala que conforme lo previsto en el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015, y el Decreto 1437 de 2015, la entidad competente para el reconocimiento y pago de las pensiones causadas *"originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, **serán administradas por la UGPP** y pagadas por el FOPEP, previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional"*. (Negrilla fuera del texto)

Pensión de invalidez por riesgo laboral – Decreto 1295 de 1994

Establece el artículo 46 del Decreto 1295 de 1994, que *"se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*. Requisito que se encuentra cumplido con el dictamen obrante a folio 1 a 3 archivo DICTAMEN, en el que se aprecia que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 11 de septiembre de 2001, calificó al actor con una PCL del 81.60% de origen laboral, con fecha de estructuración del 14 de febrero de 1996, dictamen que fue allegado al legajo y respecto del cual la UGPP no presentó reparo alguno, razón por la cual, es desafortunada la alzada tendiente a restarle validez a tal dictamen con fundamento en que debía allegarse un dictamen actualizado o que el actor debía someterse a una nueva valoración.

Sobre lo último, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 47 del Decreto 1295 de 1994, en el que establece que *"en cualquier tiempo, la calificación de la invalidez podrá revisarse a solicitud de la entidad administradora de riesgos profesionales"*, es decir, que le competía al ISS en su momento y no al demandante como lo refiere la recurrente, solicitar la revisión del estado de invalidez. Igualmente, siguiendo la misma línea, el artículo 44 de la ley 100 de 1993, establece la revisión de las pensiones de invalidez cada tres años, pero opera *"Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente"*. Así las cosas, es infundada la negativa de la UGPP al reconocimiento pensional con base en que debía el actor allegar un nuevo dictamen o someterse a nueva valoración, pues si bien es una obligación someterse a la revisión de la invalidez, la misma debe ser solicitada por la entidad de seguridad social y no por el demandante.

Respecto al disfrute de la pensión de invalidez, cumple resaltar la Sala que el inciso final del artículo 40 de la ley 100 de 1993 dispone que la fecha de estructuración corresponde al momento desde el cuál procede el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez: *"La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte*

interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado". Por su parte, el artículo 48 del Decreto 1295 de 1994, prevé: *"(...) Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas".*

En cuanto al quantum pensional, la decisión del a quo se encuentra ajustada a derecho, pues de conformidad con el artículo 51 del Decreto 1295 de 1994 *"Ninguna pensión de las contempladas en este Decreto podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente"*, y por ello, se reconoció la prestación en cuantía de UN (1) SMLMV.

Cumple relieves que, es equivocada las consideraciones del a quo relativas a que la prescripción opera por una sola y única vez, pues olvida que en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción (SL794-2013, reiterada en SL244-2019); no obstante, como en el sub examine, no fue objeto de censura por la parte demandante y se determinó que no se tenían en cuenta las reclamaciones realizadas con posterioridad al año 2006, declarando la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de enero de 2017, por haberse presentado la demanda el 24 de enero de 2020 (Fol. 114), tal decisión quedará incólume.

Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 24 de enero de 2017 al 30 de abril de 2022, se obtiene la suma de \$61.867.656 y a partir del 01 de mayo de 2022 la UGPP deberá cancelar una mesada pensional de \$1.000.000, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 14 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2017	4,09%	14	\$ 737.717	\$ 10.328.038
2018	3,18%	14	\$ 781.242	\$ 10.937.388
2019	3,80%	14	\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	1,61%	14	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021	5,62%	14	\$ 908.526	\$ 12.719.364
2022		4	\$ 1.000.000	\$ 4.000.000
			TOTAL	\$ 61.867.656

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de enero de 2017, en estricto sentido se debe reconocer de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

Se autoriza a la UGPP para que se realice los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

INTERESES MORATORIOS

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

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

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

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió la UGPP a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de que debía ser reconocida la pensión por parte del empleador ante la mora patronal; sin embargo, como quedó dicho anteriormente, desde el año 2008 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ya había consolidado su posición al respecto, señalando que el trabajador no tenía que asumir las consecuencias de la mora del empleador. Conforme lo anterior, para la fecha en que elevó la reclamación ante la UGPP (27 de diciembre de 2017), no es ajustada a derecho la negativa pensional, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, esto es, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 27 de diciembre de 2017 (Fol. 29), por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 27 de abril de 2018 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde el 28 de abril de

2018, sin que pueda tenerse en cuenta la solicitud elevada el 23 de febrero de 2006, ya que la misma fue elevada ante el extinto ISS, y cómo se dijo, uno de los primeros pronunciamiento de la Corte al respecto fue a través de la sentencia con radicado No 34270 del 22 de julio de 2008, es decir, que para el año 2006 la negativa pensional no fue caprichosa, no así, respecto a la solicitud elevada ante la UGPP el 27 de diciembre de 2017, ya que para esa calenda el criterio jurisprudencial de la mora patronal es diametralmente diferente a la posición negativa asumida por la UGPP.

Conforme lo expuesto, al darle prosperidad a los intereses moratorios, se revocará la condena por indexación impuesta, además que son dos conceptos incompatibles.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria parcial en lo relacionado con los intereses moratorios, y la modificación en lo tocante con el retroactivo pensional, impartándose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Costas a cargo de la UGPP y en favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP, la UGPP resultó ser la parte vencida en el proceso, además que la UGPP ejerció férrea oposición, sin que se hayan acogido sus argumentos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedarán así:

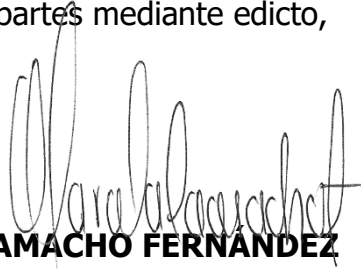
"SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al señor CLEMENTE ROJAS TAPIERO, el valor de **\$61.867.656**, por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 24 de enero de 2017 hasta el 30 de abril de 2022. A partir del 01 de mayo de 2022, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de **\$1.000.000**, con 14 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993. Autorizando a la UGPP a que realice los descuentos al sistema general de seguridad social en salud.

TERCERO: ORDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios desde el 28 de abril de 2018, sobre las mesadas causadas desde el 24 de enero de 2017 y las que se sigan causando hasta la fecha en que se efectuó el pago de la obligación, cuyo cálculo correrá a cargo de la UGPP y deberá realizarlo con la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento del pago".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de la UGPP. Las de primera, se confirman.

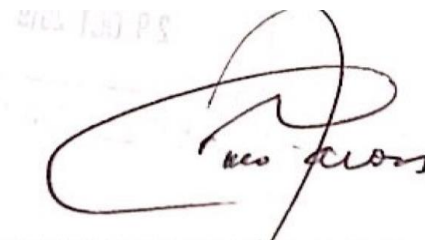
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto parcial)

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de la UGPP, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DAVID BECHARA HOUGHTON
DEMANDADO: KIA PLAZA S.A.
RADICACIÓN: 110013105-013-2019-00704-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: SALARIO - BONIFICACIÓN.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. DAVID BECHARA HOGHTON instauró demanda ordinaria contra KIA PLAZA S.A., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de diciembre de 2005 hasta el 19 de julio de 2019, fecha en la cual se terminó la relación laboral sin justa causa; que se declare que la comisión pactada constituye salario, y en consecuencia, que se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo establecida en el artículo 64 del CST, el reajuste de la prima legal, el pago de las comisiones desde el mes de mayo al mes de julio de 2019, el reajuste de las vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, el pago de \$520.000 desde mayo de 2016 hasta julio de 2019, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, lo ultra y extra petita, la indexación, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 21 de diciembre de 2005, vigente hasta el 19 de julio de 2019, desempeñándose inicialmente como recepcionista de taller y luego como jefe de taller; que el 23 de marzo de 2011 se firmó otro sí en la cual se determina una bonificación no prestacional según las utilidades mensuales, así: entre \$50.000.000 y \$60.000.000, el 5% de bonificación; entre \$60.000.000 y \$70.000.000, el 7.5% de bonificación; entre \$70.000.000 en adelante, el 10% de bonificación; que la entidad demandada desde el año 2011 no pagó las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el 60% de las comisiones; que en noviembre de 2014 fue asignado como jefe de taller en la ciudad de Yopal, con una asignación salarial adicional de \$520.000 mensuales, adicionales al salario básico que percibía en Bogotá; que no se tuvo en cuenta los \$520.000 para el pago de la seguridad social y las prestaciones sociales; que desde mayo de 2016 no se

tuvo en cuenta el otro sí firmado en marzo de 2011, ya que su promedio mensual de comisiones alcanzaba los \$6.000.000, pero solo se pagó \$4.000.000, además que se dejó de pagar los \$520.000; que el salario percibido en los últimos tres años antes del retiro fue de \$8.000.000; que las responsabilidades en el taller en Yopal superaba los \$500.000.000; que durante la vigencia de la relación laboral no tuvo llamados de atención o procesos disciplinarios por falta alguna; que el 20 y 21 de mayo de 2019 se realizó auditoria por parte del área de tesorería, generándose unos hallazgos que fueron resueltos y solucionados por el actor; que el 15 de julio de 2019 fue citado a descargos sobre presuntas faltas a sus obligaciones; que el 16 de julio de 2019 se llevó a cabo la diligencia de descargos, en el que no se le garantizó el debido proceso; que el 18 de julio de 2019 presentó las aclaraciones y precisiones respecto de la OT1685-2016; que el 19 de julio de 2019 le fue entregada la comunicación terminando el contrato de trabajo con justa causa; que en la carta de terminación no se determinan las afectaciones económicas de la demandada, e igualmente, se comunica la posibilidad de interponer recurso de apelación, pero no se dice la fecha o periodo para presentarla ni ante quien; que para el 19 de julio de 2019 tenía a su cargo los talleres de Bogotá y Yopal; que en la liquidación del contrato de trabajo no se realizó el pago de la indemnización por despido, y se persistió con la equivocada liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social integral. (fls. 2 a 14 y 92 a 104).

2. Contestación de KIA PLAZA S.A. Al contestar la demanda aceptó el vínculo laboral del actor, oponiéndose a que se tenga en cuenta las bonificaciones como factor salarial, ya que según lo acordado en el otro sí del 23 de marzo de 2011, esta bonificación es no prestacional, y se otorga por las utilidades que genere el negocio y no se causan por la prestación directa de sus servicios; que la bonificación no dependía directamente de lo que el trabajador hiciera o dejara de hacer; que no hay lugar a la indemnización por despido, dado que la terminación fue con justa causa, producto de un proceso disciplinario en contra del trabajador. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de factores salariales, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, y la genérica (Fols. 145 a 153).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de marzo del 2022, en la que la falladora de instancia, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, cuya vigencia lo fue entre el 21 de diciembre de 2015 hasta el 19 de julio de 2019, en donde desempeñó el cargo de jefe de taller, con una asignación salarial así: mayo de 2016 \$8.000.000; junio de 2016 \$15.314.000; julio de 2016 \$8.000.000; agosto de 2016 \$10.000.000, y de septiembre de 2016 hasta julio de 2019, la suma de \$8.000.000; declaró que el contrato fue terminado con justa causa; condenó a la suma de \$10.346.651 por reajuste salarial de los meses de mayo a julio de 2019; la suma que resulte de la reliquidación de las cesantías con base en el salario total devengado, causados en los años 2016 a 2018; \$2.211.111 por diferencia adeudada por cesantías del año 2019; \$1.376.670 por la diferencia en los intereses a las cesantías de los años 2017,2018,2019 y en la liquidación final; \$12.002.963 por concepto de diferencia de las primas de servicios del segundo semestre 2016 y hasta el segundo semestre de 2019; la diferencia que resulte entre los valores pagados por concepto de vacaciones de los años 2017,2018, 2019 y en la liquidación final con base en el monto total del salario devengado; ordenó la indexación; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas a la demandada.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral del actor con KIA PLAZA S.A.S. entre el 21 de diciembre de 2005 hasta el 19 de julio de 2019, bajo la modalidad de contrato a término indefinido.

En lo que respecta a la bonificación adicional, tuvo en cuenta el otro sí del 23 de marzo de 2011, y lo establecido en el artículo 127 y 128 del CST, así como la sentencia SL4313-2021, indicando que al demandante le corresponde acreditar el pago habitual y permanente, mientras que el empleador debe demostrar que su finalidad era diferente a la de retribuir su servicio. En el caso concreto, dijo que el actor demostró el pago habitual, ya que desde mayo de 2016 se le canceló una suma fija de \$4.000.000 como bonificación no prestacional, por lo que, bajo las reglas de la experiencia resultaba extraño que por más de dos años se le pagara una suma fija.

Que si bien el otro sí dice que es sobre las utilidades, se incumplió con la carga de la prueba por la demandada, ya que no se acreditó como se obtuvo dicho monto, y si bien se la testigo y el mismo demandante manifestó que tal bonificación se cancelaba aún estando en ausentismo, ello no es óbice para determinar que no es salarial, ya que fue permanente y una suma fija.

En definitiva, manifestó que tal suma adicional es constitutiva de salario, de la siguiente manera, mayo de 2016 \$8.000.000, junio de 2016 \$15.314.000, julio de 2016 \$8.000.000, agosto de 2016 \$10.000.000, y de septiembre de 2016 hasta julio de 2019, la suma de \$8.000.000

Seguidamente, estudió la excepción de prescripción, estableciendo que el contrato finalizó el 19 de julio de 2019, y la demanda se presentó el 4 de octubre de 2019, por lo que, estarían prescritos los emolumentos antes del 04 de octubre de 2016, a excepción de las cesantías, y las vacaciones, el cual se cuenta de manera diferente la prescripción.

Conforme lo anterior, procedió a imponer condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, y prima legal.

Sobre la pretensión de despido sin justa causa, consideró que el despido no tiene carácter sancionatorio, y que el empleador no debe seguir un trámite disciplinario, salvo que se pacte en el contrato, reglamento interno o convención colectiva. Que en el reglamento de la entidad en el artículo 50 se estableció un procedimiento, mismo que aplicó la entidad demandada, cumpliendo con las etapas allí previstas, con lo cual, no existe vulneración al debido proceso.

En cuanto a la justeza del despido, concluyó que falta grave se encontró acreditada al incumplir las obligaciones especiales del trabajador; que las conductas contravienen las obligaciones del trabajador tal como consta en el acta de descargos, entre estas, el manejo prohibido de la caja menor, aunado a que también aceptó las demás conductas endilgadas en el acta de descargo. Que los reportes de auditoria dan cuenta de la justa causa que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo; que no es necesario que la conducta implique perjuicio económico para la empresa; que desde la diligencia de descargos aceptó las faltas, por lo tanto, el empleador demostró haberse ceñido al procedimiento, y también acreditó la justa causa que llevó a la terminación del contrato de trabajo.

En lo tocante a la comisión por tener a cargo el taller de Yopal, consideró que de las pruebas allegadas y el otro sí, únicamente aparece la bonificación por febrero y marzo

de 2016, sin que se pueda colegir que haya sido por la asignación del taller, pues no existe prueba de que haya sido pactada para ese cargo.

Frente a la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones y por falta de consignación de las cesantías, adujo que la demandada si pagó las prestaciones, solo que por cuenta del otro sí la entidad tenía la convicción de que no era factor salarial, y no se advierte mala fe, razones que llevaron a su absolución, para en su lugar, ordenar la indexación.

Finalmente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada. (Fols. 225 a 227 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandada KIA PLAZA S.A., presentó recurso de alzada, sosteniendo que se probó que los rubros se pagaron de manera completa, entre salarial y no salarial, y las bonificaciones corresponden a un pago no salarial y no lo es por la contraprestación directa, así como tampoco por la gestión como jefe de taller, sino que surge luego de verificar los ingresos y costos de las vitrinas asignadas y otros conceptos, como impuestos, gastos operacionales, es decir, conceptos ajenos al control y gestión del trabajador; que nunca se acarreó una responsabilidad adicional al trabajador por aquella bonificación y además se reconocía durante los ausentismos, esto es, sin prestación del servicio; que si el pago hubiere sido por la gestión del trabajador, por qué era merecedor de los mismos estando en ausentismo; que conforme la Corte Suprema de Justicia, se requiere que retribuya el servicio, y en el caso concreto no fue para remunerar la prestación del servicio, además no fue por la gestión como jefe de taller.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante. Solicita que se concedan en su totalidad las pretensiones de la demanda, ya que tiene derecho al pago con carácter salarial de la bonificación recibida.

5.2 Demandada. Solicita que se absuelva a la entidad de las pretensiones del demandante, en particular sostiene que la bonificación otorgada no retribuíla directamente la prestación del servicio, por lo que no constituye salario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿El pago del "Bonificación pactada no prestacional" pactado entre las partes constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?

Relación laboral y extremos temporales

Las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, situaciones fácticas que fueron no solo aceptadas por la demandada KIA PLAZA S.A. en su contestación (Fol. 145 contestación), sino también se logran

corroborar del contrato de trabajo (folios 15 a 17), la carta de terminación del contrato del 19 de julio de 2019 (folios. 70 a 75), y la liquidación final del contrato (Fol. 76).

"Bonificación pactada no prestacional" como salario

Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *"todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte"*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo un andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, puedan ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

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

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

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

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

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**.

Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09).**

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

A folio 18 de la demanda obra el *otro sí* al contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la que se dice textualmente:

"Por concepto de BONIFICACIÓN PACTADA NO PRESTACIONAL la suma que arroje las utilidades mensuales por encima de \$50.000.000 el centro de costos que la Compañía le asigne conforme a la siguiente tabla:

Entre \$50.000.000 y \$60.000.000 5% de bonificación.

\$60.000.001 y \$70.000.000 7.5% de bonificación.

\$70.000.001 en adelante 10% de bonificación."

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar adelante tal pedimento, pues ninguna probanza adicional a la documental atrás referida emerge del plenario, y que permita como lo menciona la Corte, hacer ese ejercicio hermenéutico para examinar su naturaleza y finalidad, es decir, si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante, ya que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual como en efecto ocurre en el sub examine, sino que se requiere auscultar en que consistió tal auxilio y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera, circunstancias que bien pudo el apoderado judicial de la activa demostrar, entre otras, con la prueba testimonial practicada, pero nada de eso se desprende del dicho de Camilo Castro y Alberto Abud Manopla, el primero quien fuera compañero de trabajo, al cual nada se le preguntó al respecto, ya que su dicho solo se centró en afirmar que el demandante era "buen" jefe, y en cuanto al segundo deponente, no fue compañero de trabajo, sino cliente de la demandada, la cual poco o nada se puede rescatar de sus manifestaciones para efecto de lo que aquí debía acreditar el actor, esto es, **demostrar su origen**. Al contrario, para la Sala resulta conclusiva la confesión realizada por el propio demandante al absolver el interrogatorio de parte, quien al inquirírsele si la bonificación no prestacional era recibida durante los ausentismos, como licencias, vacaciones o permisos, manifestó que si recibía tal emolumento, lo que implica que tal concepto no retribuyera directamente la labor desempeñaba, o dicho de otro modo, no se generara por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09).**

Lo anterior queda corroborado con la documental de folio 39, 51, 61 y 65, en la que se aprecia que en efecto, durante el periodo de vacaciones se otorgó la referida "bonificación pactada no prestacional" de manera completa, lo que descarta que tal emolumento sea producto del despliegue de su actividad como jefe de taller o que esté ligada de manera proporcional a su producción, pues del otro sí allegado se extrae que corresponde a un porcentaje de las utilidades mensuales, y por ello, independientemente de que el trabajador esté en vacaciones, se generaba la respectiva bonificación a su favor, lo que lleva a descartar que el referido concepto se haya

generado como retribución directa del servicio desplegado por el actor a favor de la demandada.

Al respecto, resulta ilustrativo lo expuesto en sentencia SL5159-2018 en la que la Corte hace referencia a la "habitualidad" o "proporcionalidad" en los siguientes términos:

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

De lo expuesto, fluye con total claridad que la **habitualidad en el pago de un emolumento solo es contingente y no definitorio**, y por ello, en el caso sub lite, encuentra la Sala que el juez de primer grado se equivoca al considerar que por el solo hecho de ser habitual y corresponder a una suma fija la bonificación adquiere el carácter de salarial, ya que desconoce la confesión realizada por el actor, la cual deja entrever que al recibirse la bonificación en los ausentismos o en vacaciones, no retribuye el trabajo desplegado por el actor, o lo que es lo mismo no se causa como contraprestación directa de su labor como jefe de taller.

Igualmente, no puede dejarse de lado el dicho de la testigo Heidi Molano León, quien laboró en el área administrativa y quien manifestó que la bonificación se otorgaba por las utilidades de la empresa, en la que se revisaban los gastos, las ventas y dependiendo el centro de costos, y que, en los ausentismos de los trabajadores también se reconocía la bonificación a los empleados.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL15728-2017, al estudiar un asunto de similares contornos al aquí debatido, contra la misma entidad demandada y en la que se refiere a una cláusula similar, manifestó lo siguiente:

*"Como la valoración del contrato de trabajo y la cláusula adicional, fue cuestionada por la recurrente, corresponde decir que si bien la cláusula tercera del contrato de trabajo consagra una remuneración para la extrabajadora, conformada por un salario básico y unos porcentajes del 0.8% y 1% como comisiones, a través de la cláusula adicional de 2 de marzo de 2002, día siguiente al de la firma del contrato, las partes de la relación estipularon que el empleador pagaría a la trabajadora \$594.000 como salario básico, y una bonificación no salarial, «sobre los primeros CINCO MILLONES DE UTILIDAD NETA el 20% entre \$5.000.0001 y \$10.000.000 el 15% entre 10.000.0001 y \$20.000.000 el 10% entre el \$20.000.0001 y \$30.000.000 el 10%. A partir de \$30.000.01 se acordará un nuevo porcentaje por las partes»; de esta última, expresamente señalaron que lo que recibiera la accionante por tal concepto, no constituiría salario para efectos prestacionales. De tales documentos no es posible derivar una lectura diferente a la que le dio el Tribunal, **en tanto la cláusula adicional estableció que esa bonificación no salarial representaba una participación de las utilidades, en los términos allí descritos, lo cual es legalmente posible, acorde con el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo**". (Negrilla fuera del texto).*

Nótese que en el caso bajo examen, el otro sí pactado entre las partes hace alusión a que la bonificación depende de la suma que “arroje las utilidades mensuales”, lo que encaja en lo establecido en el artículo 128 del CST, en el sentido de que no constituye salario las sumas que se reciban como “participación de utilidades”, aspecto que logra deducirse del dicho de la testigo, quien hacia parte del área de liquidación de nómina, y quien manifestó que sí era posible que tal bonificación fuera fija porque dependía de unos rangos, y que se otorgaba de manera habitual aun encontrándose el trabajador en ausentismo, además, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto, en la mayoría de periodos su monto fue constante, también lo es, que existen periodos como enero de 2016, febrero de 2016, marzo de 2016, abril de 2016, agosto de 2016 (Fol. 39, 40, 41, 42) que fueron variables, lo que connota que tales bonificaciones dependían de las utilidades de la empresa, pero de allí a deducir como lo hizo la a quo que por el hecho de ser habituales, constantes y en un monto fijo constituyen salario, no se corresponde con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia como anteriormente se extractó, pues tales criterios son contingentes, siendo basilar *“determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo”*, lo que no se logra vislumbrar en el presente asunto, no solo por la falta de prueba de la parte activa, sino por la propia confesión realizada por el actor, en la que al recibir la bonificación durante la época de ausentismos desdibuja en un todo que la bonificación recibida haya sido como despliegue de su fuerza de trabajo o como contraprestación directa por el cargo ejercido como Jefe de Taller.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe revocarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial del “Bonificación pactada no prestacional”.

Costas

Costas a cargo del demandante y a favor de la entidad demandada. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante. Tésense.

DECISIÓN

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

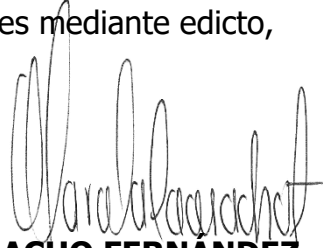
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 08 de marzo del 2022, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual le dio incidencia salarial a la “bonificación pactada no prestacional” y condenó a reajuste de acreencias laborales, para en su lugar **DECLARAR** que la “bonificación pactada no prestacional” no constituye salario, y en consecuencia, absolver de todas y cada una de las suplicas incoadas por el actor en contra de la entidad demandada, conforme la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia en favor de la parte demandada y a cargo del demandante. Las de primera se revocan y corren a cargo del demandante. Tésense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(salva voto)

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **KIA PLAZA S.A.** y a cargo del demandante **DAVID BECHARA HOUGHTON**, en la suma de \$200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILDER FERNEY CHIVITA MORENO
Demandado: COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA
Radicación: 11001-3105-007-2016-00679-01.
Tema: FUERO CIRCUNSTANCIAL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. WILDER FERNEY CHITIVA MORENO instauró demanda ordinaria contra la Compañía Andina de Seguridad Privada "ANDISEG LTDA", con el propósito de que se declare ilegal el despido efectuado el 22 de octubre de 2016, y como consecuencia, se condene al reintegro al cargo que venía desempeñando como escolta motorizado, así como el pago de salarios y prestaciones legales dejados de cancelar desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que ingresó a laborar al servicio de la demandada desde el 16 de febrero de 2015, mediante un contrato a término indefinido, desempeñando la función de escolta motorizado, con un salario de \$1.036.455; que el 19 de agosto de 2016 se afilió a la organización sindical ANASTRIVISEP, organización que comunicó su afiliación al empleador el 26 de agosto de 2016; que el 26 de agosto de 2016 el sindicato ANASTRIVISEP notificó a la demandada el pliego de peticiones y la comisión negociadora; que el 31 de agosto de 2016 la demandada contesta el pliego de peticiones informando que no va a negociar hasta cuando el Ministerio del Trabajo conteste un derecho de petición; que el 22 de octubre de 2016 fue despedido sin justa causa; que el 24 de octubre de 2016 la organización sindical ANASTRIVISEP radicó demanda ante el Ministerio de Trabajo, por la no negociación del pliego de peticiones; que el 25 de octubre de 2016 radicó derecho de petición ante la compañía demandada por estar en disenso con la liquidación laboral, pero le fue negada con respuesta del 16 de noviembre de 2016; que cuando se produjo el despido gozaba de fuero circunstancial. (Fols. 2 a 10)

2. Contestación. ANDISEG LTDA.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el contrato de trabajo fue terminado sin justa causa con la respectiva indemnización, además que se está

pretendiendo la ilegalidad del despido, cuando lo correcto es la declaratoria de nulidad o ineficacia del despido efectuado contra expresa prohibición de la ley. Como excepción de mérito rotuló la de inexistencia del fuero circunstancial. (Fol. 72 a 82).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de diciembre del 2021, en la que el fallador declaró que entre el señor Wilder Ferney Chivita Moreno y ANDISEG LTDA, existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de febrero de 2015 y el cual aún se encuentra vigente, en la que devengaba un salario de \$1.383.455 para el año 2016 y desempeñándose en el cargo de escolta motorizado; declaró ineficaz el despido del que fue sujeto el 22 de octubre de 2016, por gozar de fuero circunstancial; condenó a ANDISEG LTDA, a reintegrar al cargo que desempeñaba el actor o a uno de mayor jerarquía y por lo tanto a pagar a favor del actor los siguientes conceptos: \$138.934.320 por salario adeudado; \$11.660.727 por cesantías; \$1.322.140 por prima de servicios; y \$5.830.363 por vacaciones; ordenó que al total de lo adeudado se le descuente la suma de \$2.552.121 que fue cancelada como liquidación final de prestaciones sociales, generando un monto total adeudado de \$166.858.068; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y gravó en costas a la demandada.

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

Determinó que hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, en la medida en que el actor se afilió a la organización sindical ANASTRIVISEG, el cual fue comunicado al empleador el 25 de agosto de 2016, e igualmente en la misma fecha notificaron al empleador del pliego de peticiones, mismo que la entidad demandada con fecha 31 de agosto de 2016, decidió remitirla a la Dirección Territorial del Trabajo de Bogotá, con la anotación de que una vez se tenga respuesta se procederá a informarle a la organización sindical; que la organización sindical el 24 de octubre de 2016 radica demanda ante el Ministerio del Trabajo ante la negativa de ANDISEG LTDA en negociar el pliego de peticiones.

Que conforme lo anterior, la entidad demandada sí tenía conocimiento de la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical, y además que debe tenerse en cuenta que el Ministerio del Trabajo en atención a la demanda presentada por la organización sindical, decidió sancionar a la compañía ANDISEG LTDA, por la omisión en negociar el pliego de peticiones, decisión que no fue recurrida, ante lo cual la empleadora presentó solicitud de nulidad, misma que fue declarada improcedente a través de resolución No 001129 del 30 de septiembre de 2020, lo que implica que en efecto para el momento del despido había un conflicto colectivo pendiente ante la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical, configurándose de esa manera el fuero circunstancial en favor del demandante, y por lo tanto, el despido fue ilegal, generando como consecuencia el reintegro al cargo que venía desempeñando u otro de mayor categoría, junto con los salarios y acreencias laborales dejadas de percibir. (Fol. 1 a 2 con Audiencia virtual, archivos 14 y 15)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandada** formuló recurso de alzada alegando que no está de conforme con las condenas impuestas con ocasión del reintegro ordenado y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir hasta cuando se produzca el reintegro; que en el fallo de instancia, hay una ausencia absoluta de análisis jurídico respecto de las

circunstancias en que se presentó el pliego de peticiones que originó el fuero circunstancial declarado por el despacho, ya que el mismo día de la presentación del pliego de peticiones que lo fue el 26 de agosto de 2016, coincide con la fecha de presentación de la afiliación del demandante a la organización sindical, lo que es indicativo de que no se acreditó dentro del proceso la condición de sindicalista del demandante; que la defensa se ha fundado en la ilegalidad del pliego de peticiones que fundamenta el fuero circunstancial, ya que no existe conflicto colectivo; que conforme la jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien es absolutamente permitido y obliga al empleador a negociar el pliego de peticiones, este debe haberse presentado y adoptado en debida forma; que se ha alegado la ilegalidad de la adopción del pliego de peticiones por parte de la organización sindical como lo confesó el demandante en el curso del interrogatorio de parte y como lo demuestra evidentemente el ejemplar del acta No 006 del 21 de agosto de 2016, en la que se aprobó el pliego de peticiones presentado a la empresa, la cual fue violatoria de la ley sustancial en tanto que, para aprobar el pliego de peticiones solamente ha debido preceder la competencia a la asamblea general de afiliados del sindicato y con el quórum mínimo establecido por la ley, sin que se acredite tal situación en el proceso, como lo confesó el demandante y como lo demuestra evidentemente el acta de aprobación de ese pliego de peticiones; que a esa asamblea única y exclusivamente asistieron siete personas que no representan bajo ninguna circunstancia el quórum mínimo exigido por la ley para la aprobación por parte de la asamblea de esa clase de actos, máxime que quien adoptó ese pliego fue la asamblea extraordinaria de trabajadores de ANDISEG, organismo que no existe dentro de los estatutos de la organización sindical aportados en la demanda; que se presenta inconformidad con la adopción de las condenas impuestas única y exclusivamente fundamentadas con base en los actos administrativos adoptados por el Ministerio del Trabajo dentro de la querella adelantada por el sindicato contra la empresa, actuación que llevó al Ministerio a imponer sanciones económicas a la empresa, el cual este momento están siendo de objeto de control de legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa; que es absolutamente equivocada la sanción que allí se impuso, además que fue por infracción artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo por una presunta negativa del empleador de sentarse a negociar un pliego de peticiones que no reunía los requisitos legales y otra muy distinta el supuesto jurídico en que se fundamenta el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del decreto 2351 de 1968.

5. Alegatos. En la oportunidad procesal la parte demandada solicita que se revoque la decisión de instancia, reiterando lo dicho en el recurso de alzada, esto es, que el conflicto colectivo no se presentó ya que el pliego de peticiones no fue aprobado con las formalidades legales.

6. CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el **siguiente problema jurídico**: ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba o no de fuero circunstancial, en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro?

i) Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que el actor prestó sus servicios para el demandado ANDISEG LTDA desde el 16 de febrero de 2015 hasta el 22 de octubre de 2016, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 20, 28 y 150), en ese orden, la discusión radica en sí el actor estaba amparado o no por el fuero circunstancial.

ii) Fuero circunstancial

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

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

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

Ahora, considerando que el presupuesto basilar para que se configure el fuero circunstancial es que el despido del trabajador ocurra durante el trámite de las etapas del proceso de negociación colectiva, al tenor del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el inciso 3º. del art. 36 del decreto 1469 de 1978 y de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en cumplimiento del art. 167 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por integración normativa que permite el art. 145 del C.P.L. y S.S., correspondiéndole en este caso al trabajador pretensor probar que para el tiempo en que fue despedido estaba en curso un proceso de negociación de un conflicto colectivo del cual forma parte como negociador o integrante del sindicato, debiendo acreditar los dos extremos del proceso de negociación colectiva, esto es, la fecha de presentación del pliego de peticiones y la de la terminación de dicho proceso. A su turno, le concierne a la parte demandada a la que se le traslada la carga probatoria -la que por esencia es

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

dinámica-, demostrar que tal pliego no tuvo la virtualidad de generar un conflicto colectivo (Sentencia del 23 de mayo de 2005, rad. 25.110).

Hechas las anteriores precisiones, ha de señalarse que del análisis del mérito de convicción de las pruebas recaudadas se deduce que el cognoscente de instancia fundó su decisión en que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo (22 de octubre de 2016) se encontraba en trámite el conflicto colectivo, ya que se había presentado pliego de peticiones por parte de la organización sindical ANASTRAVISEG el 25 de agosto de 2016; mientras que la entidad demandada sostiene que no se configura el fuero circunstancial a favor de la parte actora, dado que el pliego de peticiones es ilegal, y por ello, remitió el pliego ante el Ministerio del Trabajo peticionando la procedencia o no de la negociación colectiva, además afirma que no estaba obligada a sentarse a negociar.

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

Y en los eventos donde el empleador se niega a negociar el pliego de peticiones, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL16788-2017, lo siguiente:

"De suerte que, en los eventos en que las empresas se nieguen a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal (art. 433 CST), y frente a tal actuar la asociación sindical guarde silencio o no utilice los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones, resulta razonable entender, a partir de ese hecho, la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron".

Igualmente, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que debe analizarse en cada caso particular si el sindicato proponente del conflicto desplegó *«las actuaciones tendientes a compeler al empleador para la negociación del pliego de peticiones»* (CSJ SL16788-2017).

Descendiendo al sub examine, tenemos que el demandante solicitó ante el sindicato ANASTRIVISEP su incorporación y afiliación, tal como consta en documento de folio 11, y fue aceptada por el sindicato, enviándose la respectiva comunicación al empleador el 26 de agosto de 2016 (Fol. 12), y recibida por ANDISEG LTDA tal como consta con el sello de recibido de la empresa, por lo que, lo referente a la no afiliación o pertenencia del actor al sindicato ANASTRIVISEP no tiene vocación de prosperidad, además que su controversia radica en que el mismo día que comunican la afiliación,

también notificaron el pliego de peticiones, aspecto que resulta intrascendente, dado que no existe ninguna prohibición legal que limite el ejercicio del derecho de asociación sindical o que establezca un término entre la aceptación de la afiliación y comunicación al empleador, y en todo caso, si la parte demandada quería controvertir el acto de afiliación del trabajador o cuestionar los actos de formación del sindicato y sus afiliados, debió iniciar las acciones administrativas y legales pertinentes ante el Ministerio del Trabajo, lo que no se encuentra acreditado, por lo que no es de competencia en este estadio procesal entrar a revisar tales aspectos.

Decantado lo anterior, se tiene que en efecto el Sindicato ANASTRIVISEP presentó el 26 de agosto de 2016 ante el gerente de ANDISEG LTDA. pliego de peticiones (Fl. 14 y 15), recibiendo por parte del empleador a través de la Directora de Gestión Humana, respuesta el 31 de agosto de 2016 (fl. 18), en la que puntualiza que: *"se ha dado traslado a la Dirección Territorial de Trabajo de Bogotá del Pliego de Peticiones presentado por la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores de la Industria de Vigilancia y Seguridad Privada y Similar ANASTRIVISEG el pasado 25 de agosto de 2016 (...) Una vez se obtenga respuesta a la petición formulada se pondrá en conocimiento de esa Organización Sindical para los efectos a que hubiere lugar"*, no obstante, ante la negativa el Sindicato, optó por solicitar el 24 de octubre de 2016 (fol. 21 a 24) al Ministerio del Trabajo "demanda por no negociación pliego de peticiones".

El Ministerio del Trabajo mediante resolución No 000108 del 21 de diciembre de 2018 (Fols. 29 a 33), inicia un procedimiento administrativo y formula pliego de cargos contra ANDISEG LTDA por presunta vulneración de lo establecido en el artículo 433 del CST, el cual, finaliza con la expedición de la Resolución No 005107 del 29 de noviembre de 2019 (Fols. 79 a 91), mediante la cual se impone una sanción a ANDISEG LTDA ante la conducta negativa de negociar el pliego de peticiones presentado por la organización sindical ANASTRIVISEP, decisión sobre la cual no se interpusieron recursos; no obstante, se solicitó su nulidad (Fols. 107 a 117), la cual fue resuelta a través de resolución No 001929 del 30 de septiembre de 2020 (Fols. 119 a 126), negando por improcedente tal solicitud.

Lo primero que viene a propósito mencionar es que ANDISEG LTDA ante la presentación del pliego de peticiones por parte del Sindicato el 25 de agosto de 2016, se negó a iniciar la etapa de arreglo directo y procedió a darle traslado del pliego de peticiones al Ministerio del Trabajo, elevando derecho de petición, estableciendo que *"Una vez se obtenga respuesta a la petición formulada se pondrá en conocimiento de esa Organización Sindical para los efectos a que hubiere lugar"*, sin que se evidencie trámite alguno por parte de ANDISEG LTDA en obtener la referida respuesta para iniciar o no la etapa de arreglo directo, sino que se desentendió por completo del pliego de peticiones, actuación que de ninguna manera puede la Sala prohiar, pues no puede dejarse de lado que ha sido criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: ***"la sola presentación del petitorio, da lugar al nacimiento de la garantía de que los integrantes del sindicato no serán despedidos, a menos que medie una justa causa. Con ello, ha reiterado la jurisprudencia, se evita la adopción de represalias contra los trabajadores involucrados y se disuade al empresario de tomar medidas orientadas a debilitar al movimiento sindical (CSJ SL6732-2015 y CSJ SL14066-2016)"***, es decir, los aspectos sobre la legalidad o no del pliego de peticiones a que alude el recurrente en esta instancia escapan de la órbita a definir en este proceso, pues debió haber planteado tal inconformidad ante el Ministerio del Trabajo o incluso cuestionar su legalidad por la vía judicial, pero no simplistamente elevar una petición ante el Ministerio del Trabajo y asumir mutuo propio que no estaba obligada a iniciar el trámite de negociación colectiva frente al petitorio elevado por la organización

sindical. Al respecto, valga traer a colación lo establecido en la sentencia SL5520-2018, en la que la Corte menciona lo siguiente:

"Por tanto, no es de cualquier manera que se puede desarrollar el conflicto colectivo y su solución; sin embargo los cuestionamientos a la legalidad de los actos de la formación del sindicato o de aprobación del pliego de peticiones, o de manejo de la etapa de arreglo directo, incluso de la convocatoria al Tribunal de Arbitramento, no hacen parte del objeto del recurso de anulación, ya que para esas objeciones, el ordenamiento jurídico ha previsto otro tipo de acciones, bien ante la jurisdicción ordinaria laboral ora ante la jurisdicción contencioso administrativa, dependiendo del tipo de actuación que se pretenda debatir".

De lo expuesto, no le asiste razón al recurrente en pretender colocar en discusión en esta instancia la legalidad del pliego de peticiones, cuando ni siquiera se inmutó al respecto una vez le fue presentado el pliego de peticiones por el sindicato ANASTRIVISEP el 25 de agosto de 2016, máxime que el Ministerio del Trabajo mediante resolución No 000108 del 21 de diciembre de 2018 (Fols. 29 a 33), formuló pliego de cargos contra ANDISEG LTDA por presunta vulneración de lo establecido en el artículo 433 del CST, que dio lugar a la expedición de la Resolución No 005107 del 29 de noviembre de 2019 (Fols. 79 a 91), mediante la cual se impone una sanción a ANDISEG LTDA ante la conducta negativa de negociar el pliego de peticiones presentado por la organización sindical ANASTRIVISEP, decisión sobre la cual no se interpusieron recursos, por lo que siguiendo los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, goza de presunción de legalidad, y por ende, si bien, no atan de manera inexorable al juez laboral (SL415-2021), en el presente asunto no puede desconocerse su contenido, ya que desde ese trámite administrativo la entidad demandada viene sosteniendo la negativa a negociar con fundamento en la ilegalidad del pliego de peticiones, aspecto sobre la cual el ente Ministerial consideró:

"Llama así mismo la atención de esta Coordinación, el hecho que desde la etapa de averiguación preliminar, el apoderado de la empresa ha tratado de justificar el desafortunado proceder de su representada, cuestionando la asamblea de la organización sindical, sin prever que esta parte de la libertad y autonomía sindicales en lo que corresponde al desarrollo de la misma, y que, si con el pliego de peticiones se allegó la parte pertinente del acta, más allá de cualquier disculpa u objeción que se salga del procedimiento que como se dijo está reglado nace la obligación de sentarse a negociar en los términos que consagra el artículo 443 del C.S. del Trabajo.

(...)

Ahora bien, tratándose de un sindicato de industria, no cabe duda de que la empresa empleadora ANDISEG LTDA le asiste la obligación legal de sentarse a negociar, así contara con un solo trabajador afiliado a ANASTRIVISEP, con mayor razón, cuando al parecer son 5 (folios 64-65) los afiliados. Téngase en cuenta que el número de afiliados (25) al que refiere el apoderado de la empresa, es el exigido para la existencia legal de un sindicato de empresa, evento en el que sus argumentos tendrían algún eco y habría lugar al relevante análisis de lo que propone en su escrito de alegatos (...). Por lo anterior, no encontrándose justificación alguna frente a la negativa a negociar planteada por el apoderado de la empresa (...)"

De lo que viene dicho, no son de recibo para la Sala las inconformidades planteadas en el recurso de alzada, máxime que esgrime que se encuentra en curso un proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa, del cual, nada se aporta al respecto, y en gracia de discusión no conllevaría a cambiar lo aquí decidido, pues es un hecho cierto e indiscutido que el sindicato ANASTRIVISEP presentó el 25 de agosto de 2016 un pliego de peticiones y que la entidad no dio inicio a la etapa de arreglo directo, previamente designando la comisión negociadora, conforme al artículo 433 del CST.

Considera la Sala que ante la negativa de ANDISEG LTDA de iniciar la etapa de arreglo directo frente al pliego de peticiones presentado el 25 de agosto de 2016 por el sindicato ANASTRIVISEP, este desplegó las actuaciones tendientes a conminar al empleador para la negociación del pliego de peticiones, ya que procedió el 24 de octubre de 2018 (fol. 21) a acudir ante el Ministerio del Trabajo presentando "demanda por no negociación pliego de peticiones", y a su vez, tal ente Ministerial mediante auto del 21 de diciembre de 2018 dio inicio a trámite administrativo laboral formulando pliego de cargos en contra de ANDISEG LTDA, "por presunta negativa a negociar", la que terminó con la expedición de la Resolución No 005107 del 29 de noviembre de 2019 (Fols. 79 a 91), mediante la cual sancionó al empleador, lo que evidencia que el sindicato ANDISEG LTDA no dejó decaer por falta de interés el trámite del pliego de peticiones, por lo que resulta diáfano concluir que la garantía del fuero circunstancial permaneció activa desde la presentación del pliego de peticiones, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, y por lo menos, en el caso concreto sí estaba vigente para el 22 de octubre de 2016, máxime cuando fue la misma entidad empleadora que al negarse a darle trámite al pliego de peticiones, condicionó tal actuación hasta cuando obtenga respuesta por parte del Ministerio del Trabajo, sin ni siquiera adelantar gestión alguna para obtener pronunciamiento del ente Ministerial, en ese horizonte, considera la Sala que al igual como aconteció en la sentencia SL4569-2021, se demostró por parte de la organización sindical el uso de las herramientas administrativas y judiciales para compeler al empleador a negociar el pliego de peticiones.

En consecuencia, al estar demostrado que el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Vigilancia y Seguridad Privada y Similar- ANASTRIVISEP, presentó un pliego de peticiones a ANDISEG LTDA el 25 de agosto de 2016 (Fol. 14); que la empresa se resistió a iniciar las conversaciones (Fol. 18) y que ANASTRIVISEP hizo uso de las herramientas administrativas para compeler al empleador a negociar (Fol. 21 a 23), no hay duda de que permaneció activa la garantía foral circunstancial estatuida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965. Por tal virtud, si el actor estaba afiliado al mencionado sindicato (fl. 12), afiliación que era de conocimiento del empleador, el despido sin justa causa en vigencia del conflicto colectivo (fl. 20), deviene ineficaz (CSJ SL12451-2015).

Finalmente, no puede esta Judicatura en la alzada entrar a revisar cada concepto que por acreencias laborales se ordenó en la primera instancia y si la misma está o no bien liquidada, ya que la sustentación de la apelación es general, abstracta, siendo exigible en la alzada una exposición clara y suficiente de las razones fácticas y jurídicas del tema que requiere sea estudiado por el Tribunal, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, donde señaló:

"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que

*esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada***". (Negrilla y Subrayas ex-texto)

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a "que no está de conforme con las condenas impuestas con ocasión del reintegro ordenado y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir hasta cuando se produzca el reintegro", pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, dado que la simple afirmación escueta de que "no está conforme", no abre camino para el estudio por vía de apelación de adentrarse al estudio de si cada prestación o acreencia incluida en la condena se encuentra o no bien liquidada.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro por estar el actor amparado por fuero circunstancial.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de ANDISEG LTDA y a favor del demandante, por haber NO prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

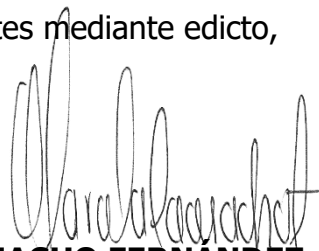
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de diciembre del 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de ANDISEG LTDA. Las de primera se confirman.

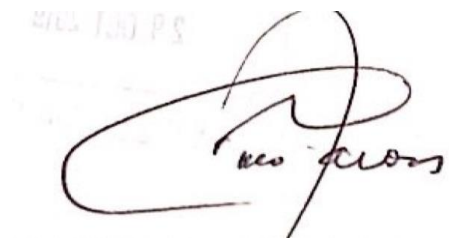
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

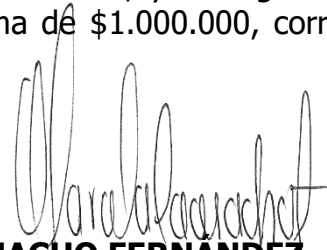


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ADRIANA MARÍA DELGADO LARREA.
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 110013105-039-2019-00691-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, y NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ADRIANA MARÍA DELGADO LARREA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. con el fin de que se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de los traslados efectuados dentro del RAIS; que se ordene a la AFP Protección S.A. a retornar a Colpensiones el saldo total existente en la cuenta individual, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor de lo cotizado para el Fondo de Garantía de Pensión Minina; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 21 de junio de 1968; que desde el 16 de octubre de 1992 y hasta el 30 de abril de 1993 estuvo afiliada al ISS; que el 22 de abril de 1994 se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; que la AFP PORVENIR no informó de la situación pensional de la demandante en el momento del traslado ni a futuro; que no le brindaron la información suficiente, clara y concisa; que desde el 1 de julio de 1994 ha cotizando en HORIZONTE, hoy PORVENIR, COLPATRIA, hoy PORVENIR, en OLD MUTUAL y actualmente en PROTECCIÓN; que el 22 de julio de 2019 la AFP Protección le informó a la demandante que su pensión a los 57 años sería por un valor de \$3.826.143 en la AFP, mientras que en Colpensiones sería de \$8.346.081; que el 12 de septiembre de 2019 la demandante presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, recibiendo respuesta negativa el 16 de septiembre de 2019. (fols. 6 a 28).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 204 a 205 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que indicando que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que la demandante fue inducida al error o que se presenten vicios del consentimiento; no se demostró que hubiese notas o anotaciones que reflejaran la inconformidad de la demandante; que la demandante se encuentra fuera del tiempo permitido por la ley 100 de 1993 en su artículo 13 y tampoco cuenta con los requisitos establecidos en la jurisprudencia nacional. Formuló como excepciones de mérito la descapitalización del sistema pensional; la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada (pág. 1 a 30)(ZIP).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que la demandante no allega prueba alguna que permita acreditar la existencia de nulidad o ineficacia del traslado, por lo que su afiliación al RAIS es válida y se encuentra vigente. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (p. 156 a 172 archivo No 01).

3.3 AFP SKANDIA S.A. Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones por cuanto la pretensión está referida al momento del traslado de régimen pensional, acto jurídico que se efectuó por una sola vez de la cual la AFP demandada no fue participe; que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de traslado. Como excepciones de mérito propuso las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y la genérica. (Pag 1 a 17). (ZIP)

3.4 AFP PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario se suscribió de forma libre y espontánea; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; e inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.(pág. 1 a 20) (ZIP).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y sus posteriores traslados entre administradoras; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que obran en la cuenta, junto con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, sin que le sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez o sobrevivencia o para la garantía de pensión mínima; condenó a SKANDIA S.A. a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración debidamente indexados, sin que le sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez o sobrevivencia o para la garantía de pensión mínima; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados, sin que le sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez o sobrevivencia o para la garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a que reciba los dineros por parte de las AFP y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. a las costas procesales.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL31989 de 2008, SL4964 de 2018, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL985 de 2020, SL2611 de 2020, SL3199 de 2021, SL4025 de 2021 y SL5680 de 2021, señalando que se requiere información objetiva y comparada que garanticen la transparencia en la información brindada a la afiliada; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes; que la firma y las consignaciones preimpresas en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que la demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que no se obtuvo ninguna confesión frente al cumplimiento del deber de información; que en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en lo correspondiente a actos de relacionamiento, bajo ningún contexto se puede ratificar la afiliación que en principio es ineficaz; que la AFP debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales; que los traslados dentro del RAIS no tienen la virtualidad de subsanar la falta de información inicial y finalmente que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que el acto de traslado fue válido y tuvo efectos jurídicos; que la demandante no demostró algún vicio del consentimiento o engaño al momento del traslado; que la demandante ratificó la permanencia en el RAIS al permanecer en el mismo régimen por 20 años sin manifestar queja a las AFP; que se generarían gastos por culpa de un tercero a COLPENSIONES si esta inicia algún proceso civil en contra de las AFP; que la declaración de la ineficacia afectaría la sostenibilidad financiera del RDPM. Por otro lado, si se confirma la sentencia de primera instancia solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta que se cumpla la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorros de la demandante como lo son cotizaciones,

rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas, entre otros, debidamente indexadas.

5.2 AFP PROTECCIÓN. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia señalando que el artículo 60 de la ley 100 de 1993 indica que una parte del ahorro se destinaría al pago de seguros, a la financiación del fondo de solidaridad pensional y otro en los costos de administración; que las gestiones de administración constituyen un rendimiento financiero y están plenamente reconocidos por la ley; que la devolución de estos gastos constituirían una remuneración injustificada; que la condena en costas es improcedente al revocarse la ineficacia de la afiliación.

5.2 AFP PORVENIR Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, sosteniendo que al momento de la realización del traslado, era imposible saber las formas en las que se pensionaría la demandante, por lo que es errado que se exigiese una información muy especializada a la afiliada; que al momento del traslado era imposible determinar qué régimen era más favorable para la afiliada por el número de semanas cotizadas hasta ese momento; que al momento del traslado es imposible solicitar a la demandada un documento más allá del formulario de afiliación; que en este caso se desconoció la aplicación en lo correspondiente a los actos de relacionamiento consagrados en la jurisprudencia nacional; que al momento del traslado no era prohibida la realización de asesorías grupales; que en ningún momento la AFP prometió mejor pensión en el régimen privado; que se interpretó de manera equívoca el artículo 271 de la ley 100 de 1993; que la devolución de los gastos de administración generaría un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES; que no procede la condena en costas por cuanto no se declara la ineficacia de la afiliación.

5.3. AFP SKANDIA Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia sosteniendo que en el Decreto 3995 de 2008, artículo 7° señala taxativamente los conceptos que deben trasladarse del RAIS a RPM; que en ninguno de esos factores se señalan los gastos de administración; que la Superintendencia Financiera en sus conceptos ha confirmado que no es dable la devolución de estos gastos de administración; que la demandada cumplió a cabalidad lo estipulado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, garantizando el cubrimiento de las contingencias de muerte o invalidez; que la demandada trasladó todos los recursos a la AFP donde posteriormente se trasladó la actora; que procede la prescripción sobre el porcentaje de gastos de administración de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, ya que opera sobre el contrato de seguros celebrado entre la AFP y la aseguradora, donde se señala un término de prescripción de 2 años.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las

comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

6.3 PROTECCIÓN.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, en especial la condena impuesta por gastos de administración, primas de seguros previsionales, y fondo de solidaridad, máxime que tales valores fueron consignados a un tercero y además se descontaron por disposición legal.

6.4 SKANDIA.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, en especial la condena impuesta por gastos de administración, y comisiones, pues son descuentos realizados por disposición del artículo 20 de la ley 100 de 1993, además que sobre los gastos de administración aplica la prescripción.

6.5 DEMANDANTE: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de instancia, ya que la AFP del RAIS no cumplió con la carga de la prueba de informar a la demandante al momento del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora ADRIANA MARÍA DELGADO LARREA se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 16 de octubre de 1992, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1993, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 31); que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 22 de abril de 1994 (Fol. 175 y 52 archivo 02); que posteriormente, se trasladó a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 1999 (Fol. 39 y 52 archivo 02); que luego se afilió a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 29 de septiembre de 2000 (Fol. 40 y 52 archivo 02); que seguidamente, se trasladó a OLD MUTUAL S.A. el 29 de septiembre de 2003 (Fol. 41 y 52 archivo 02), y finalmente, el 21 de septiembre de 2006 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 36 a 38 archivo 02).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales

derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003

la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial efectuada el 22 de abril de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Minina por parte de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto hizo la a quo, debiéndose impartir confirmación en este tópico. Adicionalmente, se confirmará que la devolución de los gastos de administración se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos a que hace referencia el recurrente es en cuento a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre el concepto de gastos de administración.

Siendo necesario acotar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Finalmente, es menester indicar que respecto de la apelación elevada por la apoderada de COLPENSIONES en materia del condicionamiento de la sentencia esta no sería procedente, dado que los eventuales derechos prestacionales del afiliado no pueden quedar condicionados al cumplimiento de una orden judicial que deben cumplir la AFP

y en todo caso COLPENSIONES puede perseguir por la vía ejecutiva el traslado de tales aportes ante la AFP

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

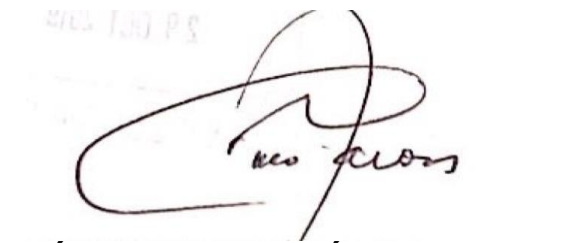
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

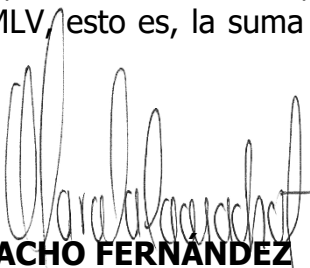


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000. a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARIA NUBIA MONTOYA DE QUINTERO
Demandado: GUSTAVO ARANGO PARRA
Radicado No.: 110013105-016-2016-00588-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA NUBIA MONTOYA DE QUINTERO, instauró demanda ordinaria contra GUSTAVO ARANGO PARRA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 05 de marzo de 2011 hasta el 20 de octubre de 2014, mismo que terminó sin justa causa. En consecuencia, se condenará al encartado al pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, dotaciones, aportes a la seguridad social, indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, la indexación y, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue vinculada de manera verbal por parte del demandado para prestar sus servicios en el establecimiento de comercio Parrilla y Tizón, a partir del 05 de marzo de 2011, cumpliendo funciones de cocinera para la preparación de alimentos de los usuarios o clientes; que la jornada laboral era de lunes a domingo de 8:00 am a 5:00 pm, y los festivos y domingos de 9:00 am a 6:00 pm; que recibía ordenes de Gustavo Arango Parra, respecto de las actividades de la cocina y de la forma como se iba a preparar el menú; que el 20 de octubre de 2014 le fue terminado el contrato de trabajo sin explicación; que el demandante no le cancelaba la totalidad de salarios devengados por la actora; que el 15 de julio de 2012 mediante desprendible de pago, el empleador canceló un pago de nómina a favor de la demandante sin reflejar las demás prestaciones; que durante la vigencia de la relación laboral se omitió cancelar las cesantías, vacaciones y demás prestaciones legales; que devengaba un salario promedio de \$900.000; que prestó sus servicios de forma personal e ininterrumpida y subordinada; que el empleador omitió afiliarla al régimen de seguridad social, así como tampoco consignó las cesantías a un fondo y que durante la relación laboral no le suministraron dotaciones. (Fols. 6 a 12 y 16 a 17).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que deberán ser probadas, en tanto que no se evidencia mayor evidencia probatoria que logre crear certeza de uno o varios hechos descritos por la demandante. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y la genérica. (Fol. 48 a 51).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de diciembre del 2021, en la que el fallador absolvió al demandado Gustavo Arango Parra de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, absteniéndose de imponer costas.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, para demostrar el vínculo laboral, únicamente se allegó un recibo de pago fechado el 15 de junio de 2012, en la que aparece como empleada la demandante y como empleador el señor Gustavo Arango Parra, en la que se reconoce el valor de \$450.000; sin embargo, con ese documento no se puede dar por demostrado la prestación del servicio en los interregnos de la demanda. Refirió que no existe más prueba documental y que incluso habiéndosele decretado a su favor los testimonios no los hizo comparecer a la diligencia, por lo que, al no demostrarse la prestación del servicio, no se habilita la presunción a su favor, de manera que debía absolver al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra. (Fol. 73 a 74 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Fue interpuesto por la parte demandante, quien solicita que se revoque la decisión, ya que conforme el documento que obra en el proceso se especifica el pago de nómina, el cual debe tenerse en cuenta de conformidad con el artículo 41 del CST, además es una prueba contundente de la relación laboral; que es una prueba declarativa, que se hizo con base al artículo 38 del CST; que el documento nos da el lugar donde se desarrolló el trabajo, el empleador y la remuneración; que existió un tipo de contrato verbal; que no fue desvirtuada la prestación personal del servicio, ya que en la contestación solo manifestó que no le consta; que el documento aportado es la prueba reina de la relación laboral; que con el comprobante allegado es una prueba contundente, ya que se ve que se prestó el servicio a favor del demandado, en un lugar de trabajo y con una remuneración; que en la contestación no se desmiente los hechos de la demanda; que no había necesidad de testimonios con el documento aportado, siendo suficiente con ese medio probatorio para impartir condena.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal no se presentaron alegatos por las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, o por el contrario, la demandante no logró demostrar el elemento de la prestación personal del servicio?

Relación laboral

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

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

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

Para resolver sea lo primero señalar que conforme al postulado “onus probandi”, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente relievra, que **“además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros”**(Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento,

inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, a fin de llevar al juzgador la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 05 de marzo del 2011 al 20 de octubre de 2014. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el Curador Ad Litem, quien representa los intereses del demandado, señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

En ese sentido, aun cuando adujo el demandante la existencia de una relación laboral con el demandando, solo arrió como medio de convicción un documento fechado el 15 de julio de 2012, en la que ciertamente se observa el logo de Parrilla y Tizón y la constancia de que la aquí demandante recibió del señor Gustavo Arango Parra la suma de \$450.000 como “salario total”; sin embargo, tal documento no tiene la suficiente entidad para dar por acreditada la prestación del servicio y menos en el lapso pretendido en la demanda del 05 de marzo del 2011 al 20 de octubre de 2014, pues considera la Sala que en esta clase de procesos, donde hay orfandad de prueba documental, la prueba testimonial resulta ser preponderante para dilucidar las condiciones de tiempo, modo y lugar en relación con el desarrollo de esa prestación personal del servicio a favor del demandado, pero nada de eso se logra acreditar en el plenario, ya que teniendo la oportunidad de hacer comparecer a los testigos decretados a su favor, no lo hizo, guardando total dejadez en sacar adelante sus pretensiones.

De igual manera, no es cierto como lo afirma el recurrente que tal documento se trate de una certificación o liquidación de nómina, dado que no contiene por lo menos los extremos de la relación laboral pretendida, pues en ese evento sí resultaría ser una probanza contundente para los efectos queridos por la demandante, pero se itera, es un documento que contiene un pago aislado y de la cual muy a pesar de los intereses de la activa, no puede la sala suponer o deducir la prestación del servicio por espacio de más de tres años, y por ende, tal como lo concluyera el a quo, existe orfandad probatoria por parte de la activa, lo que necesariamente lleva a denegar las suplicas de la demanda.

En el hilo de lo expuesto, si lo que pretendía la actora era una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acreditaran la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por lo anterior, siendo que a la demandante, le correspondía como primera medida demostrar la prestación personal del servicio para que opere la presunción del artículo 24 del C.S.T, no refulge en el plenario medio de convicción probatorio para configurar la existencia de la relación laboral en los extremos pedidos en la demanda, por lo que no queda otro camino que absolver al demandado de las pretensiones incoadas por la actora, y de contera confirmar la sentencia proferida en primera instancia, pues de

conformidad con el postulado "onus probandi" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), la demandante no logró asumir la carga de la prueba de demostrar el primer elemento del contrato de trabajo.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

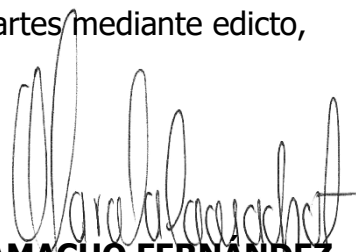
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre del 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

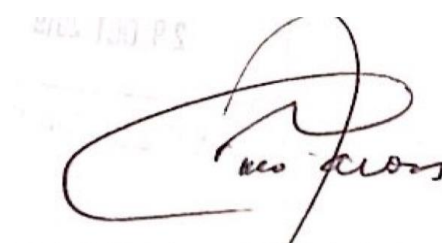
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: YEIMY MILENA LÓPEZ BOCANEGRA
DEMANDADO: CENCOSUD COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 110013105-023-2021-00022-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: ACOSO LABORAL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora YEIMY MILENA LÓPEZ BOCANEGRA a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de la existencia del acoso laboral por parte de la demandada, cuyo propósito fue inducir a la renuncia de la demandante, a través de actos de descalificación, carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horarios, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de una multa por el acoso laboral entre dos y diez salarios mínimos legales, los intereses moratorios y corrientes sobre las sumas adeudadas, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que inició a laborar a la empresa CENCOSUD COLOMBIA S.A., desde el 12 de agosto de 2002, mediante un contrato a término indefinido, inicialmente ejerciendo el cargo de Auxiliar y posteriormente el cargo de Profesional E- Commerce; que en su último cargo tenía a cargo personal, su horario era de lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm y tenía una asignación mensual de \$2.201.600; que para el año 2018 tenía como jefe a la señora Cenía Argumedo, quien era gerente de E- Commerce; que para junio de 2018 decide solicitar su periodo de vacaciones, sin embargo, a raíz de ello, su jefe inmediata decide iniciar actos persistentes y demostrables, encaminados a infundir miedo y desmotivación en el trabajo, con el fin de evitar el disfrute de las vacaciones; que una vez regreso del periodo de vacaciones, se encontró con un ambiente hostil de trabajo, continuando con los actos que buscaban la desmotivación en el trabajo, intimidación, perjuicio laboral e inducir en la renuncia por parte de Cenía Argumedo y Marlen Moreno, quien fungía como gerente de servicio al cliente; que el 5 de julio de 2018 fue convocada por Senia Argumedo y Marlen Moreno a una sala privada,

donde fue informada sin explicación alguna de que a partir de la fecha y por orden de Cristian Siegmund, necesitaban trabajar los días sábados y próximamente los domingos, horarios que no hacían parte de las condiciones laborales inicialmente pactadas y que fueron impuestos únicamente a la demandante; que igualmente le informaron que la iban a devolver a la tienda física, donde no iba a poder pedir permiso alguno, y que si necesitaba de citas médicas solo debían ser a través de la EPS y únicamente fuera del horario laboral; que la señora Senia Argumedo le dejó claro a la actora que se postulara a otras áreas de la empresa, lo que conlleva a una desmotivación en el trabajo e intimidación, buscando inducir a la renuncia; que el día 6 de julio de 2018 recibió un correo electrónico en la que le comunican los cambios de horario, confirmándose así la reunión del día anterior; que para el momento en que le realizan los cambios de horario ella contaba con auxiliares a su cargo que realizaban a cabalidad sus funciones del fin de semana; que otros compañeros que ostentaban el mismo cargo no fueron obligados ni tampoco se les cambiaron sus condiciones laborales y horario; que la señora Senia Argumedo denigraba de la actora públicamente, afirmando que “no parecía que hubiera sido jefe de cajas” e igualmente, entorpecía su trabajo evitando que se le designaran labores; que no tenía ni verbal ni escrito llamados de atención o informes negativos, ni tampoco proceso disciplinario por mal comportamiento; que el 12 de julio de 2018 se ve obligada a presentar denuncia ante el comité de convivencia laboral de CENCOSUD; que durante el periodo de acoso laboral sufrió ataques de cefalea, gastritis y demás trastornos clásicos de estrés laboral, los cuales se ven reflejados en las incapacidades médicas reportadas; que presentó renuncia motivada el 18 de julio de 2018; que pasado un mes de finalizada la relación laboral, le fue reconocida la liquidación de su contrato, pero sin el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa y que el 03 de diciembre de 2020 hizo la reclamación ante el empleador, pero no obtuvo respuesta (Fol. 1 a 18 archivo demanda).

2. Contestación CENCOSUD COLOMBIA S.A.: Presentó contestación a la demanda, aduciendo que no se configura ninguna conducta de acoso laboral, ya que la señora Argumedo como jefe directo de la demandante sólo ha exigido cumplimientos laborales razonables y ha formulado las exigencias técnicas para mejorar la eficiencia laboral con base en las funciones que debía realizar la actora; que al no estar frente a actos de acoso laboral, no es procedente la indemnización por despido sin justa causa. Como excepciones de mérito rotuló la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago (Fols. 1 a 13 archivo contestación).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de diciembre de 2021, mediante la cual el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá decidió absolver a CENCOSUD COLOMBIA S.A., de las pretensiones invocadas en su contra por parte de la parte demandante YEIMY MILENA LÓPEZ BOCANEGRA, gravándola en costas procesales.

Su decisión se basó en el análisis en conjunto de elementos probatorios, inicialmente adujo que quedó acreditada la existencia de la relación laboral entre la demandante y CENCOSUD COLOMBIA S.A., por el lapso del 12 de agosto de 2002 y el 18 de julio del 2018, aspecto que fue aceptado por la demandada.

Frente a la terminación del contrato de trabajo, estimó que no se logró configurar alguna conducta de acoso laboral de que trata la Ley 1010 de 2006 y a la que hizo alusión en la carta de terminación del contrato, ya que en efecto se realizó un cambio de horario y se dispuso que las labores se desempeñarían de lunes a viernes de 9:00

a 6:00 pm con una hora de almuerzo y el sábado de 8:00 a 5:00 pm con una hora de almuerzo; sin embargo, ello no puede constituir acoso laboral, presión u hostigamiento, dado que se adecua jornada máxima legal prevista en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo que el artículo 7° de la ley 1010 de 2006 hace relación a la exigencia de laborar en horarios excesivos respecto de la jornada contratada o legalmente establecida, lo que no acontece en el sub examine; que el cambio de horario se encontraba justificado en el crecimiento de la operación.

Que las manifestaciones que realiza la actora en la carta de terminación relacionadas con la reunión del 5 de julio de 2018, solo son afirmaciones sin ningún soporte probatorio, además no existe prueba alguna de que le hayan negado permisos, de conductas de acoso laboral, o que se le haya inducido a presentar la renuncia como lo manifiesta la actora en la demanda, por lo que se procedió a absolver a la demandada de las pretensiones incoadas por la activa.

En síntesis, manifestó que del material probatorio no se logra extraer las conductas de acoso laboral que refiere la parte actora en el escrito de demanda, además de no existir elementos persuasivos que respalden sus afirmaciones.

6. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó inconformidad por la parte actora, quien manifestó que no se tuvo en cuenta la presunción de acoso laboral, la cual opera a favor de la parte actora, debiendo la parte demandada desvirtuarla, además no se tuvo en cuenta que la entidad demandada no exhibió la documentación solicitada en la demanda consistente en la lista de empleados con funciones y horarios, así como tampoco se llamó a rendir testimonio a los compañeros de trabajo; que hubo una clara reiteración y arbitrariedad en los cambios de horarios, en quitar funciones y en la descalificación frente a sus compañeros; que el hecho constitutivo de acoso no solo fue por las vacaciones, sino también por el trato denigrante desde que inició en el puesto de operaciones, conductas que fueron reiteradas; que la parte actora se enfermó y las incapacidades se solicitaron en la demanda, pero la demandada no las arrió, pues en el transcurso del proceso quedó demostrado que el trámite era a través de los correos institucionales y la demandante no tuvo acceso al mismo una vez se retiró de la empresa; que no existe prueba idónea del aumento de las ventas en que fue fundamentado los cambios de horario, al contrario, hay suficientes indicios para determinar que las conductas acosadoras sí existieron; que el representante legal aceptó que la renuncia fue motivada, y que no se dio trámite alguno a la queja; que se aceptó que le dieron la información de la denuncia confidencial a la señora Senia, lo que permitiría inferir que los hechos narrados por la demandante eran ciertos; que la señora Marleny acepta que hubo la reunión del 05/07/2018 y pese a que se sostiene por el empleador que la orden fue dada por el señor Sigmund, como representante legal y presidente de la compañía, no existió citación alguna, ni fue programada previamente, sólo le cambiaron el horario de trabajo; que los superiores jerárquicos tenían pleno conocimiento de las actitudes consistentes en acoso laboral, adicionalmente la señora Senia aceptó que le había negado las vacaciones a la demandante; finalmente, que no deben condenarse en costas porque no se desvirtuó la presunción en favor de la demandante.

7. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal la parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando sea revocada la decisión de instancia, para en su lugar conceder las suplicas de la demanda, dado que, con las pruebas obrantes en el expediente, se logra acreditar el acoso laboral de la cual fue víctima;

que el a quo no tuvo en cuenta la presunción del acoso laboral de que trata la Ley 1010 de 2006.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Se acredita la existencia de una conducta configurativa de acoso laboral ejercida contra la demandante por parte de CENCOSUD COLOMBIA S.A.? (ii) ¿El cambio de horario y la negativa a otorgar las vacaciones constituyen conductas de acoso laboral de la que la actora manifiesta fue objeto y que dio lugar a su renuncia? (iii) ¿Las conductas enrostradas por la contendiente judicial por activa tienen la naturaleza de persistentes en los términos que señala la Ley 1010 de 2006?

Existencia de acoso laboral

Inicialmente es menester señalar, que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1010 de 2006, el objeto de la denominada Ley de Acoso Laboral es *"definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública"*.

En ese orden de ideas, una interpretación tendiente a desentrañar la inteligencia de la Ley 1010 de 2006 permite evidenciar que su finalidad es definir, prevenir, corregir y sancionar las conductas constitutivas de acoso laboral. La prevención supone la determinación de las medidas que las empresas y las entidades públicas deben adoptar para evitar que en el desarrollo de las relaciones laborales surjan situaciones de acoso laboral; la corrección comporta el establecimiento de mecanismos de identificación de hechos constitutivos de acoso laboral y la solución amigable de los mismos antes de acudir a procedimientos disciplinarios o de sanción, y la sanción implica el seguimiento del trámite estipulado en la ley para castigar a los agresores.

En el artículo 2º de la citada normativa, se define el concepto de acoso laboral, precisando que *"(...) se entenderá por acoso laboral **toda conducta persistente y demostrable**, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo"*.

Ahora bien, el artículo 7º ibídem establece ciertos casos, eventos o conductas en los cuales el acoso laboral se presume, eximiendo por tanto, a quien lo alega, de desplegar una actividad probatoria enderezada a ello, pues le basta a aquel con demostrar la ocurrencia de uno de los supuestos fácticos establecidos por la norma para que opere la presunción, misma que al ser del orden legal –iuris tantum- admite prueba en contrario; norma que fue objeto de análisis constitucional, mediante sentencia C-780 de 2007, la cual dispone:

*"Se presumirá que hay acoso laboral **si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:***

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
- g) Las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;*
- k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;*
- l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;*
- m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;*
- n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.*

"En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2°.

"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

"Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencia en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil¹.

Además, en el referido fallo de constitucionalidad dicha Alta Corporación, refiriéndose al citado artículo, expuso:

"El contenido normativo de la disposición es, entonces, el siguiente: (i) cuando se acredite la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en el propio artículo 7º de la Ley, existirá una presunción de acoso laboral; (ii) cuando se trate de la ocurrencia de una actuación que no se encuentre taxativamente contemplada en la disposición, debidamente acreditada, la autoridad tiene la facultad de valorar si la misma, dada su gravedad, configura acoso laboral, de conformidad con la definición que se hace del mismo en el artículo 2º de la Ley; (iii) cuando la denuncia se produzca por la ocurrencia de una única conducta hostil, la autoridad deberá apreciar tal circunstancia y la valorará según su gravedad, por su capacidad de ofender por sí sola los derechos fundamentales del denunciante y determinará si la misma constituye o no acoso laboral; y, por último, (iv) cuando tales comportamientos -enumerados en la disposición- acaezcan en privado, la presunción no operará y, en consecuencia, la ocurrencia del hostigamiento deberá ser demonstrada por los medios de prueba reconocidos en el Código de Procedimiento Civil, de suerte que si cualquiera de estas conductas logra ser acreditada, la autoridad competente deberá tenerla por acoso laboral."

Aplicando el anterior criterio jurisprudencial, procede la Sala a verificar si la actora cumplió con la carga probatoria que le corresponde, esto es, demostrar que la gerente de E-Commerce, quien ejercía funciones de jefe inmediata de la actora incurrió en alguna de las conductas alegadas en la demanda, descritas en el artículo 7º de la ley 1010 de 2006, requisito imprescindible para que opere la presunción de acoso laboral alegado. No obstante, una vez realizada la evaluación del acervo probatorio recaudado, ab initio, concluye la Sala que la accionante no cumplió con el postulado y principio de derecho procesal denominado *onus probandi*, puesto que ninguna de las pruebas testimoniales ni documentales recaudadas, acreditan hechos que constituyan trato hostil en contra de la trabajadora, del cual se derive el alegado acoso laboral.

Ello es así, porque de la prueba documental allegada por la actora, se desprende una incapacidad médica por dos días, del 9 y 10 de julio de 2018, causada por una "Cefalea", sin embargo, ello no tiene la suficiente entidad para deducir la existencia de conductas de acoso laboral, pues solo se cuenta con el dicho de la actora referido

¹ La Ley también dispone explícitamente las conductas que no constituyen acoso laboral. Artículo 8º. *Conductas que no constituyen acoso laboral. No constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:*

a) Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Públicas conforme al principio constitucional de obediencia debida; // b) Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos; // c) La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional; // d) La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento; // e) La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución; // f) Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública // g) La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución. // h) La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código. // i) Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo. // j) La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.

Parágrafo. Las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere este artículo deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios".

a que tal diagnóstico fue por el presunto acoso laboral ejercido por Senia Argumedo, sin ningún otro elemento suasorio que edifique sus pretensiones. Asimismo, no puede pasarse de soslayo el artículo 60 del CPTSS que establece que el juez “analizará todas las pruebas allegadas en tiempo”, y en ese orden, resulta desafortunada la alzada referida a que no se allegaron las incapacidades por parte de la entidad demandada, pues la discusión probatoria y su negativa la debía plantear en la oportunidad procesal pertinente, asimismo lo relativo a que no se escucharon como testigos a los compañeros de trabajo, pues ello debió plantearlo al momento del decreto de pruebas y no en el recurso de alzada.

De otro lado, en la renuncia presentada el 18 de julio de 2018 esgrime una serie de situaciones que acontecieron al interior de la entidad referidas esencialmente a que, en reunión del 05 de julio de 2018, le informaron que *"no podía pedir permisos para las entregas de informes de mis hijos, que pidiera las citas médicas a las 6:00 a.m. y que no podía pedir las horas de votación porque yo estaba "a otro nivel". Me dijeron que pasara hojas de vida que si necesitaba tiempo para realizar entrevistas me podían colaborar y que no había problema, o que me postulara a las vacantes que salían en convocatoria interna. (...) Posteriormente me enviaron un correo con aclaraciones de por qué los cambios de horario, explicaciones sin fundamento ya que tengo a mi cargo dos auxiliares de servicio al cliente que están plenamente capacitados y siempre han cubierto muy bien los turnos del fin de semana sin ninguna novedad"*; hechos que solo se quedan en el dicho de la actora, ya que tampoco existe elementos probatorios que constaten lo allí expresado, siendo el único soporte el correo del 06 de julio de 2018 en la que le informan que *"debido al crecimiento de la operación de E- Commerce Food y por el incremento en las solicitudes de los clientes, requerimos mayor apoyo y compromiso por parte suya hacia el negocio, tal como se lo comentamos el día de ayer, por eso, a partir de la fecha sus labores se desempeñaran en el siguiente horario: Lunes a viernes de 9 a.m. a 6 pm; con una hora de almuerzo, y sábado de 8 a.m. a 5 p.m; con una hora de almuerzo. De esta manera estaremos en línea con la ley cumpliendo con no pasar las 48 hrs máximas semanales, y descanso los domingos"*.

Lo anterior para significar que en efecto la reunión del 05 de julio de 2018 se realizó, pues además las testigos Senia Argumedo y Marleny Moreno Ovalle, también lo aceptaron; empero, por esa sola circunstancia no puede deducirse como cierto lo manifestado por la actora en la carta de terminación del contrato, pues aquellas testificales fueron enfáticas en señalar que el cambio de horario fue por el crecimiento de la operación E- Commerce y por ende, se requería que *"ella como la teníamos como, no me acuerdo, si era coordinadora o líder del grupo de niñas que manejaban servicio al cliente que ella estuviera presente los sábados físicamente ahí para soportar la operación"*.

Ahora, relieves la Sala que la conducta reprochable en materia de jornada laboral, es la consignada en el literal j) de la Ley 1010 de 2006, que hace referencia a ***"La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados"***, lo que no acontece en el sub examine, dado que el horario asignado está dentro de las 48 horas laborales que establece el artículo 161 del CST, y además así se pactó por la trabajadora y la empresa demandada en la cláusula adicional del contrato firmada el 26 de marzo de

2003 (Fol. 1 a 2 anexo contestación) en la que no se estableció un horario puntual sino que únicamente se hizo alusión a la jornada máxima legal que incluso debía ser desarrollada por turnos, los cuales se entiende, deben ser impuestos por el empleador de acuerdo la necesidad de su actividad productiva, lo que denota que tal modificación de la jornada laboral no puede configurar conducta de acoso laboral como lo refiere la recurrente.

Vale la pena aclarar que, siguiendo los predicamentos contenidos en la sentencia C-780 de 2007, previamente citada, para que se presuma que una conducta constituye acoso laboral debe acreditarse la ocurrencia **"repetida y pública"** de cualquiera de las circunstancias a que alude la Ley, situación que comporta una manifestación constante, sistemática y reiterada de *"agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública"*, cuya consecuencia vaya focalizada a *"infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo"*, situaciones que de manera palmar no se presentan en el sub judice.

Tampoco el hecho de que la testigo Senia Argumeda haya aceptado que inicialmente le negaron las vacaciones, lleva a configurar acoso laboral, pues aquella manifestó que *"tenía cargo en ese momento a dos profesionales, una profesional de operaciones y una profesional de servicio al cliente que era Yeimi López y en ese momento las dos personas pidieron las vacaciones al tiempo, por eso en principio se le solicitó, se le dijo a Yeimi que no se podía ir a vacaciones"*; sin embargo, decidieron otorgarle las vacaciones pedidas, lo que descarta de tajo la presencia de una conducta de acoso laboral.

Ahora, aunque la ley 1010 de 2006, establece que *"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral"*, este debe ser de tal magnitud que por sí solo tenga la capacidad de socavar dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales, lo que no logra extraerse del presente proceso, pues se itera, solo se cuenta con la manifestación realizada por la actora en la carta de renuncia, sin ningún elemento suasorio que de solidez a sus dichos.

Finalmente, si bien es cierto la actora presentó los mismos hechos esgrimidos en la carta de renuncia ante el comité de convivencia laboral el 12 de julio de 2018 (Fol. 5 y 6 prueba demanda), circunstancia respecto de la cual, el representante legal en el interrogatorio afirmó que a los seis días después presentó la carta de renuncia, motivo por el que no le dieron trámite ante el Comité de Convivencia, ello no puede servir de base para de ipso facto configurar el acoso laboral pretendido por la actora, ya que la omisión en el trámite de la queja no da lugar a activar la presunción de que las conductas esgrimidas son constitutivas de acoso laboral, pues de conformidad con el artículo 2º de la ley 1010 de 2006, *"(...) se entenderá por acoso laboral **toda conducta persistente y demostrable**, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo"*, lo que no se logra extraer con lo manifestado por la demandante tanto en el escrito presentado ante el Comité como en la renuncia.

Por lo anterior la Sala concluye, que la actora no cumplió con la carga probatoria que le concernía para demostrar la existencia de alguna conducta constitutiva de acoso laboral y con ello, dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, por lo tanto, al no encontrarse acreditada *la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en dicha norma u otros hostigamientos que se puedan considerar como conductas configurativas de acoso laboral*, la Sala confirmará el fallo absolutorio proferido en el *sub judice* por parte del Juzgado de origen, objeto de apelación.

Costas

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP, resultó ser la parte vencida en el proceso.

DECISIÓN

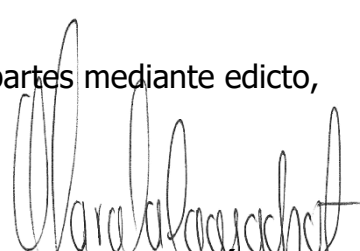
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 07 de diciembre del 2021, objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



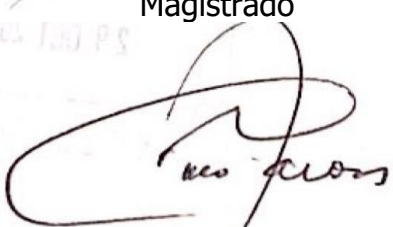
DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS ORLANDO BAQUERO RINCÓN
Demandado: HUGO HERNANDO RAMÍREZ BOHÓRQUEZ
Radicado No.: 110013105-015-2019-00512-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – APELACIÓN- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUIS ORLANDO BAQUERO RINCÓN, instauró demanda ordinaria contra HUGO HERNANDO RAMÍREZ BOHÓRQUEZ, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde abril de 2006 hasta el 28 de febrero de 2017, fecha para la cual fue pensionado por invalidez por Colfondos S.A.. En consecuencia, se condenará al encartado al pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, horas extras, sanción por no consignación de cesantías, aportes al sistema de seguridad social, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, faltante de incapacidades, pensión sanción, lo ultra y extra petita y, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mantuvo una relación laboral desde abril de 2006 con el señor Hugo Hernando Ramírez Bohórquez, ocupando el cargo de conductor de la buseta de placas VEA-443 de propiedad del demandado, recibiendo pagos diarios acorde al número de pasajeros, en razón de \$200 por cada pasajero; que cumplió un horario de 4:30am a 9:00 pm, sin hora de almuerzo, de domingo a domingo; que el 3 de abril de 2014 sufrió un accidente y recibió incapacidades, inicialmente de 130 días, y posteriormente 130 días; que ha tenido un cuadro clínico y evolución de incapacidad que le impide trabajar; que el demandado no se ha pronunciado al respecto; que el señor Hugo Hernando Ramírez durante los ocho años de laboró se limitó a pagarle únicamente el valor correspondiente a \$220 pesos por pasajero, omitiendo el pago de primas, cesantías, intereses a las cesantías, horas extras, dominicales, festivos, subsidio familiar, vacaciones, y subsidio de transporte; que producto del accidente el demandado no ha cancelado; que durante la relación laboral no incumplió el horario, ni tampoco tuvo llamados de atención; que no estuvo afiliado al sistema general de pensiones. (Fols. 3 a 12).

2. Contestación de demanda HUGO HERNANDO RAMIREZ BOHORQUEZ. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo

que no ha existido contrato de trabajo con el demandante, razón por la cual no tiene la obligación de cancelar salarios y demás acreencias laborales pedidas en la demanda; que el vehículo que conducía el demandante se encuentra afiliado a la Cooperativa Continental de Transportadores Ltda, de modo que esa sociedad contrató al demandante y no el aquí demandado. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, y la genérica. (Fol. 44 a 47).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo del 2022, en la que el fallador absolvió al demandado HUGO HERNANDO RAMÍREZ BOHÓRQUEZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declarando probada las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, absteniéndose de imponer costas.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, no se demostró la prestación del servicio en los interregnos de la demanda a favor del demandado, ya que el actor ocupó el cargo de conductor de un vehículo de propiedad del demandado afiliado a la Continental de Transportadores LTDA, el cual, de conformidad con la ley 15 de 1959 el empleador es la Cooperativa y el dueño o propietario del vehículo es solidario; que el demandado allegó prueba documental en la que consta que el demandante estuvo vinculado con la empresa Continental de Transportadores LTDA, que de hecho tal entidad le cotizaba a seguridad social y por ello es que a raíz del accidente obtuvo la pensión de invalidez a cargo de Colfondos S.A.; que no se puede pretender la existencia de dos empleadores con la misma prestación del servicios, aunado a que la inconformidad del actor radica en que su salario debió ser superior, aspecto que lo debía plantear ante su empleador y no ante el propietario del vehículo, razones que llevaron a la absolución del demandado.

(Fol. 55 a 56 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Fue interpuesto por la parte demandante, quien solicita que se revoque la decisión, ya que el contrato realidad se dio; que la cooperativa le pago un mínimo, pero el propietario de la buseta recibía una suma mucho mayor de producido; que la cooperativa solo le estaba reconociendo por el minino; que es una situación particular, ya que el demandado solo le dio una suma mínima mientras estaba incapacitado; que cumplió jornadas extenuantes para poder cumplir con el número de pasajeros; que en dominicales y festivos nunca recibió ningún emolumentos.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandada. Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que entre el demandante y el demandado Hugo Hernando Ramírez Bohórquez no ha existido contrato de trabajo.

5.2 Demandante. Esgrime que se debe revocar la sentencia de primer grado y condenarse al demandado a las pretensiones incoadas en la demanda, ello en virtud

de que la buseta que conducía el actor es de propiedad del demandado, de quien estaba subordinado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, o por el contrario, la demandante no logró demostrar el elemento de la prestación personal del servicio?

Relación laboral

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

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

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

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

Para resolver sea lo primero señalar que conforme al postulado "onus probandi", "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente reliev, que **"además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa**

presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo **el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros**”(Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, a fin de llevar al juzgador la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre abril de 2006 al 28 de febrero de 2017. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, el demandado señaló que la relación laboral no se dio con él, sino con la empresa de transporte donde se encuentra afiliado el vehículo de su propiedad, esto es, la Cooperativa Continental de Transportadores LTDA.

En ese sentido, como quiera que se plantea que la labor desempeñada fue como conductor de un vehículo que presta el servicio público de transporte, debe acudir la Sala a la reglamentación que al respecto se ha consolidado.

El artículo 15 de la Ley 15 de 1959, reza: “*El contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con las empresas respectivas, pero para efecto de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables*”.

De igual forma, el artículo 36 de la Ley 336 de 1996, prescribe: “*Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo*”.

Ahora, la jurisprudencia laboral no ha sido huérfana sobre la materia, pues al respecto se pueden ver las sentencias con radicación No 15172 del 28 de febrero de 2001, No 31647 del 22 de julio de 2008, No 39259 del 17 de abril de 2013 y recientemente la SL21091-2017, radicación No 45486 del 21 de noviembre de 2017, en las que se definió de manera clara y suficiente el entendimiento de la solidaridad prevista en los artículos 15 de la ley 15 de 1959 y 36 de la ley 336 de 2006.

En el ítem que ocupa la atención de la Sala respecto del caso puesto a consideración, la sentencia con radicado No 39259 del 17 de abril de 2013, ilustra claramente que de conformidad con el artículo 15 de la ley 15 de 1959 “*no solo presume que la vinculación laboral del conductor se hizo "con la empresa respectiva", sino que también "determina la solidaridad entre ésta y el propietario del vehículo", lo cual por demás está acorde con el texto normativo, que establece una presunción legal iuris tantum que admite prueba en contrario, respecto de las empresas que tienen afiliados a los vehículos de*

transporte público, y como lo dijo la Colegiatura adicionalmente prevé que dichas empresas junto con los propietarios de los automotores son los responsables "para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones".

Descendiendo al sub litium, se tiene que la parte demandante en el interrogatorio de parte acepta que su vinculación laboral fue con la Cooperativa Continental de Transportadores LTDA, e incluso nótese que el recurso de apelación se encamina a obtener la declaratoria del contrato de trabajo con el demandado, sin desconocer que la cooperativa de transporte le pagaba el salario mínimo, es decir, pretende la parte actora que se declare la existencia del contrato de trabajo con el demandado para obtener, según sus pretensiones, el pago del verdadero salario como lo establece en el hecho cuarto de la demanda, esto es, \$220 por cada pasajero, junto con las demás acreencias laborales, aspectos que desde cualquier arista resultan improcedentes jurídicamente, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del CPTSS, *"La demanda se dirigirá contra el empleador, o contra su representante cuando éste tenga la facultad para comparecer en proceso en nombre de aquél"*, que en el caso sub lite a la luz de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, lo era supuestamente la Cooperativa Continental de Transportadores LTDA, y así también lo afirma el aquí demandado, anexando una serie de documental en Cd de folio 48, donde obra el contrato de trabajo, aportes al sistema de seguridad social, entre otros, de la que se puede concluir que el aquí demandado no fungió como empleador, muy a pesar de que sea el propietario del vehículo de servicio público que conducía el actor.

Ahora, si bien es cierto del artículo 15 de la ley 15 de 1959 *"no solo presume que la vinculación laboral del conductor se hizo "con la empresa respectiva", sino que también "determina la solidaridad entre ésta y el propietario del vehículo"*, ello no abre camino al estudio de las pretensiones en contra del demandado como solidariamente responsable, ya que ha sido criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que, sí se demanda al deudor solidario también debe concurrir el proceso el empleador, a no ser que la obligación del verdadero empleador *"existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo"*, lo que no sucede en el sub lite, ya que reclama el pago de salarios y prestaciones a cargo del propietario del vehículo en calidad de empleador bajo el supuesto de recibir un salario superior al que le otorgaba la cooperativa de transporte donde se encontraba afiliado el vehículo.

Ha dicho la Corte lo siguiente:

"Por último, debe recordar la Sala su añeja doctrina según la cual cuando se demanda al deudor solidario laboral –específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra- debe ser también llamado al proceso el empleador. En sentencia SL, del 10 de ago. 1994, rad. 6494, reiterada en muchas oportunidades, enseñó:

- a) El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la Litis.*
- b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.*
- c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal*

al contratista independiente "existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo".

(...)

Lo anterior no es óbice para que, como lo indica la Sala en la sentencia reseñada, el trabajador escoja entre cualquiera de los obligados para exigir el pago de una obligación, una vez ésta ya ha sido establecida" (sentencia de mayo 10 de 2004, rad.22371).

De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior; los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante.

En el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular – nada se opone a que voluntariamente se haga- a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.

Cuando se persiga hacer valer la solidaridad sin que se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial, se debe constituir litis consorcio necesario con el deudor principal.

La actuación procesal del deudor solidario, en proceso en el que se le ha llamado a integrar el litisconsorcio con el responsable principal, o en uno posterior al que ha resuelto la controversia sobre la definición de la obligación materia de la solidaridad, y con la pretensión de condenarlo a que asuma el pago de la misma, ha de encaminarse a allanarse o defenderse, aceptando o contravirtiendo el que se den los supuestos sobre los que se edifica la solidaridad, esto es, sobre si se reúnen o no, por ejemplo, los requisitos del artículo 34 del C.S.T. para el beneficiario de la obra, del artículo 35 en tratándose del intermediario, o del artículo 36 para el socio de una sociedad, o si ésta se da, presentando excepciones personales frente al actor, conducentes a enervar la obligación de pago, como por ejemplo acreditando que éste ya fue realizado, o que operó el fenómeno de la compensación, de la novación, o de la prescripción, entre otros."

De acuerdo con el anterior precedente jurisprudencial, es claro que en el presente asunto se requería indiscutiblemente de la presencia de la Cooperativa Continental de Transportadores LTDA, y aunque se admita por la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que el empleador no comparezca al proceso, ello solo ocurre cuando se establezca la existencia de obligaciones laborales en cabeza del directo empleador, a través de los mecanismos dispuestos por la ley para tal fin ("se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial"); aspecto que tampoco encuentra su demostración en este asunto, debido a que lo pretendido es la relación

laboral directa con el demandado como propietario del vehículo, y en la que valga decir, tampoco se vislumbra prueba de que haya fungido como empleador.

Finalmente, en lo que respecta a la certificación laboral que aparece a folio 26, acota la Sala que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *"los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad»" (SL14426-2014; SL6621-2017).*"(SL-2600-2018), lo cierto es que, la certificación a que se hace referencia no establece que el señor Hugo Hernando Ramírez Bohórquez acepte con su firma la calidad de empleador, dado que allí se dice que el *"señor LUIS ORLANDO BAQUERO (...), está vinculado a nuestra empresa hace 8 años a través de un contrato indefinido en el cargo de conductor"*, esto es, hace relación a "nuestra empresa" que no es otra que la Cooperativa Continental de Transportadores LTDA, donde se encuentra afiliado el vehículo de su propiedad que era conducido por el actor, y por ello, de allí no puede colegirse que el demandado sea el empleador, no quedando otro camino para la Sala que desestimar el pedimento del actor.

Con lo dicho, ante la incomparecencia de quien por disposición legal se le atribuye la condición de empleador, se impone confirmar la sentencia de primer grado, mediante la cual absolvió al demandado de las pretensiones elevadas en su contra por el señor Luis Orlando Baquero.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

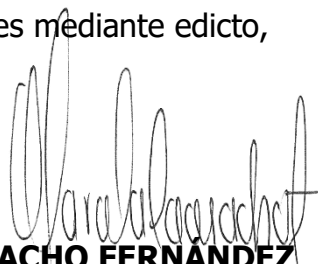
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

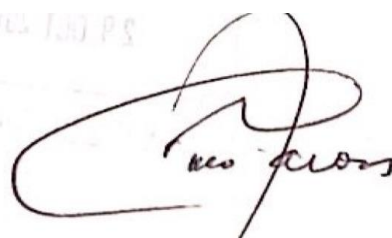
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA ISABEL MESTIZO DE MONTOYA
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTROS.
RADICACIÓN: 110013105-028-2017-00013-02
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: PENSIÓN DE INVALIDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a las Dras. SANDRA MILENA CHITIVA GÓMEZ y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas en legal forma, como apoderadas sustitutas de la parte demandante y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora ANA ISABEL MESTIZO MONTOYA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que el dictamen del 6 de octubre de 2015, emitido por Medicosalud, es contrario a la ley, y por tanto carece de valor vinculante; que se declare que tiene una PCL superior al 51% con fecha de estructuración del 31 de diciembre de 2005 o subsidiariamente que su pérdida de capacidad laboral superior al 50%, tiene fecha de estructuración anterior al 31 de octubre de 2010, fecha para la cual había reunido más de las 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores; que se declare y condene al reconocimiento de la pensión de invalidez, el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 19 de octubre de 1943; que fue diagnosticada con Artritis Reumatoidea, Hipotiroidismo y Osteoporosis, con antecedentes desde el año 2005; que entre enero de 2003 y octubre de 2008 cotizó en el régimen subsidiado; que solicitó el 18 de enero de 2016 la pensión de invalidez ante Colpensiones, allegando el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Medicosalud el 14 de octubre de 2015, en la que la califica con una PCL del 85% con fecha de estructuración del 14 de octubre de 2015; que el dictamen no

se encuentra ajustado a derecho, ya que tiene otro dictamen del 5 de mayo de 2011 con una PCL del 95%; que entre el año 2005 y 2008 había acumulado más de 50 semanas para consolidar el derecho pensional; que Colpensiones mediante resolución GNR147317 del 19 de mayo de 2016, niega la pensión de invalidez; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto de manera negativa a través de resolución GNR203650 del 12 de julio de 2016 y resolución VPB33244 del 23 de agosto de 2016, respectivamente; que conforme la historia clínica de fecha 27 de mayo de 2015 y 04 de noviembre de 2015, dan cuenta que la enfermedad tiene un antecedente de hace más de 10 años, esto es, desde el año 2005. (Fols. 2 a 11 archivo No 05).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Ésta fue notificada en debida forma (fol. 1 a 3 archivo No 012); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones

- **COLPENSIONES.** Dio contestación oponiéndose a las pretensiones, bajo el argumento de que a la demandante ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por valor único de \$2.322.379, por lo que resulta incompatible con la prestación reclamada. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (fls. 1 a 6 archivo No 013).

- **MEDICOS ASOCIADOS S.A. IPS:** Como réplica a la demanda manifestó que no le corresponde a tal entidad realizar reconocimientos pensionales o certificar la capacidad laboral o disminución de la misma, ya que no tiene convenio con la Fiduprevisora S.A., entidad a través de la cual se realizó la valoración médica. Como excepciones de mérito rotuló las de carencia de legitimidad por pasiva respecto de médicos asociados S.A. IPS, inexistencia de la obligación de reconocimiento pensional por médicos asociados, y la genérica (Fols. 1 a 6 archivo No 21).

- **FIDUPREVISORIA S.A.:** A través de auto del 31 de mayo de 2018 se le tuvo por no contestada la demanda, por no haber realizado pronunciamiento a pesar de estar debidamente notificada (Fols. 1 a 2 archivo No 024).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró probada las excepciones formuladas por la pasiva, absolviendo a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, absteniéndose de imponer costas.

Partió la a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si la fecha de estructuración de la invalidez corresponde desde el año 2004 o debe tenerse en cuenta la establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que la estructuró en el año 2014.

En cuanto a la fecha de estructuración, tuvo en cuenta lo dicho por la perito que rindió explicación sobre el dictamen de la Junta Nacional de Calificación, quien manifestó que fue una decisión difícil, ya que la artritis se va deteriorando con el tiempo, y en el caso especificó la actora dejó de trabajar en el 2008, sin gran compromiso funcional, ya que solo hasta el año 2014 refiere el uso de silla de ruedas

y apoyo de tercera persona, y que las otras patologías no aportan mayor porcentaje, ya que lo que realmente la invalida es la artritis, asimismo que para antes del 2014 no se dice que tenga sinovitis.

Que se allegó concepto pericial emitido por la Universidad Nacional de Colombia, en donde concluye una PCL 67.4%, con fecha de estructuración de marzo de 2004, con fundamento en que, allí completa los criterios diagnósticos de reumatología; sin embargo, no se puede tener en cuenta tal dictamen, ya que la misma universidad dice que la existencia de un diagnóstico anterior no significa que la persona no tenga suficiente capacidad para laborar, tal como se aprecia de las sentencias con radicado No 39863 de 2011 y SL5023 de 2021.

Que el dictamen que se debe acoger es el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 24 de enero de 2020, que determina una PCL del 75.80% con fecha de estructuración del 14 de mayo de 2014, data que resulta convincente y coherente, además que tiene en cuenta la evolución de las secuelas, ya que estas se fueron empeorando hasta comprometer su funcionalidad el 14 de mayo de 2014, fecha en la que es necesario la utilización de silla de ruedas y apoyo de terceras personas; que no obstante los diagnósticos antes del 2014 son los mismos, su compromiso funcional no lo es, en la medida en que el deterioro se fue haciendo más profundo con el paso del tiempo, incluso en el 2013 refiere mejoría, máxime que la médico ponente, dijo que la fecha de estructuración podría ser más actual si se hubiera sido más estricto.

En orden a lo anterior, al revisar el reporte de semanas cotizadas, la demandante registra cotizaciones desde el 01 de enero de 1967 y 31 de octubre de 2008, lo que genera la ausencia del derecho, ya que para el 14 de mayo de 2014, no tiene las 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la estructuración; que en gracia de discusión, si se tiene en cuenta la fecha de estructuración del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca, del 29 de noviembre de 2011, tampoco cumple con la densidad de semanas cotizadas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la **parte demandante** colige no estar de acuerdo, ya que existe diferencia en los dictámenes y calificaciones que se aportaron al proceso, como es el caso de Médicos Asociados que nos dice que tiene un 98% al 2014, la Fiduprevisora y las Juntas de Calificación, que determinan un porcentaje superior al 50%, y un último dictamen de la Universidad Nacional de Colombia que no fue controvertido por Colpensiones, y que nos señala que tiene una PCL del 67.4%, lo que resulta lógico, ya que se trata de una enfermedad degenerativa y progresiva, además tiene una sincronía con las pruebas obrantes en el plenario; que la fecha de estructuración es del 24 de marzo de 2004; que la historia laboral demuestra que es una persona vulnerable; que respecto al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se le preguntó a la perito porque no hizo referencia a la artritis rematoidea con sinovitis, si en la historia clínica de 2004 y 2008 ya se mencionaba que tenía esa circunstancia, manifestando como excusa que puede que hayan elementos aislados, pero que no son los únicos elementos para la calificación; que no se tuvo en cuenta la deformidad de las manos; que la circunstancia de las manos no le va a permitir realizar su labor; que no analizó las valoraciones del 2004 y 2008, es decir, no revisó todos los elementos de la historia clínica; que el dictamen de la Universidad Nacional no tiene tacha; que de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la PCL se define cuando alcanza el 50%; que tiene 54.85 semanas con el dictamen de PCL

de la Universidad Nacional; que de conformidad con la sentencia SL4178-2020, estamos frente a una enfermedad crónica y degenerativa; que respecto de estas enfermedades, su potencialidad que mejore es nula, además en el caso bajo examen no llevó a mejora, al contrario la ha llevado al declive; que se debe garantizar el derecho pensional a la actora, como protección al adulto mayor por parte del Estado; que debe proceder los intereses de mora, o la indexación con la mora después del fallo, para que así se dé cumplimiento por parte de la entidad de seguridad social.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se revoque la decisión de instancia y se conceda la pensión de invalidez, con fundamento en que debe tenerse en cuenta el dictamen emitido por la Universidad Nacional de Colombia.

6.2 Colpensiones. Manifiesta que se confirme la decisión de instancia, dado que la actora no cumple con los requisitos para optar por la pensión de invalidez, además que no puede sostenerse que la fecha de estructuración sea la que determina el dictamen de la Universidad Nacional de Colombia, debiéndose tener en cuenta el dictamen emitido por las entidades facultadas para ello, como la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez.

6.3 Médicos Asociados S.A.. Solicita que se confirme la sentencia absolutoria, ya que de parte de tal entidad no se ha presentado incumplimiento alguno en sus obligaciones.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar: (i) ¿Hay lugar a acoger el dictamen médico pericial de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó una PCL del 75.80%, con fecha de estructuración del 14 de mayo de 2014 o el dictamen de la Universidad Nacional de Colombia que determinó una PCL del 67.4% con fecha de estructuración del 24 de marzo de 2004? (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez?

DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-PENSIÓN DE INVALIDEZ- ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERATIVAS Y/O CONGÉNITAS.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a través de dictamen No 41325456-2168 del 24 de enero de 2020, calificó a la actora con una PCL del 75.80% con fecha de estructuración del 14 de mayo de 2014 (Fols. 1 a 12 archivo No 70); que en el transcurso del proceso, se ordenó la práctica de dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Universidad Nacional de Colombia, el cual, procedió a emitir dictamen No 41325456 datado el 10 de mayo de 2021, asignando una PCL 67.4%, con fecha de estructuración del 24 de marzo de 2004 (Fols. 2 a 12 archivo 85).

En primer término, cumple acotar que inveteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, replicada en providencia SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adoctrina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando *"lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo,..."*, (...) *"sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso."*

Así mismo, ha delineado que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, *"«...porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal...» (CSJ SL3090-2014),* empero, *"debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez"*.

De igual manera, debe tenerse en cuenta las previsiones legales contenidas en el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, según las cuales el juez: *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso"*.

Así las cosas, en línea de principio teniendo en cuenta que el dictamen médico de PCL realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 24 de enero de 2020 (Fols. 1 a 12 archivo 70) indica que el estado de la invalidez se estructuró el 14 de mayo de 2014, es dable concluir que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que a su vez modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual señala como requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común el haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Al aplicar la norma al caso concreto se encuentra que la afiliada debe cumplir con las 50 semanas en el periodo comprendido entre el 14 de mayo de 2014 al 14 de mayo de 2011 y revisado el reporte de semanas se observa que no cuenta con semanas cotizadas en este interregno de tiempo (Fols. 1 a 4 expediente administrativo), ello en la medida en que dejó de cotizar el 31 de octubre de 2008.

Ahora, el apoderado judicial de la actora refiere que debe tenerse en cuenta para efecto de la acreditación de las 50 semanas en los últimos 3 años, la fecha de estructuración que fue determinada por la Universidad Nacional de Colombia, esto es 24 de marzo de 2004, data para la cual alcanza a acreditar las semanas exigidas.

Ante tal panorama, no queda duda que la controversia que plantean las partes gira en torno a la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, si debe acogerse la fecha que establece la Junta Nacional de Calificación de Invalidez o la que estableció la Universidad Nacional; empero, tal estudio no puede realizarse en la medida en que en el expediente administrativo aportado por Colpensiones e incluso en el archivo relacionado como *"antecedentes clínicos desde el año 2000"* (Fol. 8) se observa que la actora fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el **11 de septiembre de 2002**, con *"un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%"* (negrilla fuera de texto), con el diagnóstico

“artritis remautoidea clase III-IV”, y en el ítem invalidez se consigna ***"si es invalido"***.

[illegible]

Así las cosas, lo primero que llama poderosamente la atención de la Sala es que el apoderado judicial de la activa haya omitido enunciar tal situación en el libelo genitor, a pesar de que tenía pleno conocimiento, pues aparecen actuaciones a favor de la actora como apoderado, tal como puede observarse en la resolución VPB33244 del 23 de agosto de 2016 (Fols. 1 a 6 archivo GEN-REQ-IN-2016_5948441), en la que interpuso recurso de apelación solicitando *"el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de mi mandante, desde el 11 de septiembre de 2002, fecha del dictamen"*, y aun así, en la presente demanda peticiona que se declare que la actora tiene una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 51% con fecha de estructuración al 31 de diciembre de 2005 o en subsidio, anterior al 31 de octubre de 2010 para cuando había reunido más de 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores, ello sustentado, entre otras razones, en que cotizó desde enero de 2003 hasta octubre de 2008 a través del régimen subsidiado.

Ahora, si nos detenemos a revisar la historia laboral de cotizaciones encontramos que reporta cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1967 hasta el 30 de marzo de 1974, y solo después de más de 20 años reactiva las cotizaciones, esto es, desde el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de octubre de 2008, acumulando un total de 658.87 semanas en toda su vida laboral, pero que de cara a la prestación solicitada, esto es, pensión de invalidez al padecer el diagnóstico o enfermedad de "artritis reumatoidea", genera para la Sala un manto de duda el que haya reactivado las cotizaciones desde enero de 2003 hasta octubre de 2008 y a la vez se omita enunciar la calificación del año 2002 data para la cual no tenía cotizaciones, procediendo posteriormente a someterse a otra calificación (XXXX) en la que al no estructurar la invalidez en el lapso en el que cuenta con cotizaciones, se insista a través del proceso judicial en que la estructuración lo es en época concomitante o aproximada para la calenda donde puede lograr acreditar las 50 semanas exigidas para consolidar la prestación.

Ahora, lo referido a que solo después de 20 años reactivó las cotizaciones, no se menciona en el entendido de que la actora a pesar de su estado de salud o invalidez no pueda realizar cotizaciones, ya que ello es perfectamente posible y así también lo ha decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL3275-2019), sino porque se logra apreciar que ante la falta de cotizaciones a la fecha de emisión del primer dictamen (2002) se reactivaron las mismas con la finalidad posterior de causar la prestación. Dijo la Corte en aquella oportunidad:

*"En palabras de la Corte Constitucional, aunque la discapacidad en estas enfermedades se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, **con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que ofrece el sistema, los que resultan plenamente válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados «en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual»**"*

Siguiendo este hilo conductor, no puede perderse de vista que la enfermedad que aqueja a la actora es una enfermedad que *"está considerada entre las patologías musculo-esqueléticas crónicas dolorosas"* (SL913-2022), lo que nos conduce a estudiar si las cotizaciones realizadas entre el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de octubre de 2008 fueron efectuadas en ejercicio de la capacidad laboral residual, precisando que si bien el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 11 de septiembre de 2002 no cuenta con la fecha de estructuración, lo cierto es que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, artículo 2, literal a) y artículo 3 del Decreto 917 de 1999, se considera que una persona es inválida cuando ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y frente a su estructuración, es claro que la misma puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación, motivo por el que al no establecerse en el dictamen, por lo menos puede tenerse como tal, la fecha de su emisión.

La Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T- 054 de 2012, asunta la posibilidad de contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma o hasta la última cotización; no obstante, cumple precisar que tal postura se aplica a casos excepcionales, tratándose de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, siempre y cuando las cotizaciones sean producto de la capacidad laboral residual que posiblemente le permitió desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar, tal como se dejó sentado en la sentencia SU 588 de 2016.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3275 de 2019, siguiendo la misma línea de razonamiento que la Corte Constitucional fijó en la sentencia SU-588 de 2016, respecto de la pensión de invalidez y la fecha de estructuración en tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas y/o congénitas, precisó:

"Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

*Ahora bien, **en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal**, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, **su***

historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que **el afiliado puede trabajar** y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, **es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida"**
(...)

En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional **o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico**, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario" (Negrilla y subraya fuera del texto).

Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia T-013 de 2015 ha delineado respecto a la capacidad laboral residual que: "En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, **pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados** realmente correspondan a la prestación de una labor, **ya sea material o intelectual**, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario" (Negrilla fuera del texto).

Así pues, teniendo en cuenta los anteriores derroteros legales y jurisprudenciales considera la Sala que las cotizaciones realizadas entre el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de octubre de 2008, no fueron realizadas como producto de la capacidad laboral residual, conforme las siguientes razones:

Se aduce en el libelo genitor que entre el año 2003 y el 2008 se cotizó a través del **régimen subsidiado**, cotizaciones que en términos generales son válidas para causar las prestaciones de invalidez conforme al artículo 15 del Decreto 3771 de 2007 y a la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL843 de 2013), que permiten percibir una capacidad laboral residual, en tanto que el artículo 1º del Decreto 3771 de 2007 establece que los beneficiarios del subsidio deben ser trabajadores que por sus condiciones especiales de vulnerabilidad no les permite tener el dinero suficiente para aportar al Sistema General de Pensiones, y que el artículo 22 de la misma normativa establece que el subsidio corresponde solamente a una parte de la cotización, siendo que "la parte de la cotización no subsidiada estará totalmente a (...) cargo" del beneficiario.

Pero en el *sub lite*, el hecho de que la demandante hubiere cotizado subsidiariamente al Sistema General de Pensiones, no denota que lo haya sido producto de la capacidad laboral residual, ya que nada de eso se relata en la demanda, incluso resulta disiente lo establecido en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez practicado el 30 de mayo de 2019 (Fols. 1 a 4 archivo No 48), en la que se dice "trabajó hasta los 28 años de edad, en una tipografía como operaria. **Desde entonces ama de casa**" (negrilla fuera de texto) ; igualmente, la cesación en las cotizaciones (octubre de 2008) no se debió a que la misma hubiere perdido la capacidad laboral residual, sino a que simplemente **llegó al límite de cotizaciones subsidiadas** que

permite el literal b) del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, según se desprende de su historial de cotizaciones (fol. 4 archivo historia laboral), lo cual denota que las cotizaciones realizadas **no fueron producto de la capacidad laboral residual**, y por ende, mal podría la Sala desprevenidamente acoger al acomodo de la actora la fecha de estructuración del dictamen que más convenga a sus intereses.

Ahora, si tenemos en cuenta que la actora laboró hasta los 28 años tal como se manifestó al realizarse la calificación por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el año 2019, ciertamente, coincide con lo **reportado en la historia laboral**, pues tiene cotizaciones hasta 1974, y como quiera que nació en el año de 1943, los 28 años vendrían a consolidarse en el año de 1971, por lo que se insiste, guarda relación aproximada con los reportes de la historia laboral de cotizaciones.

Acota la Sala que frente a la invalidez de la actora, no es procedente realizar estudio respecto a si se acoge el dictamen de la Universidad Nacional o el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues ambos en criterio de la Sala guardan coherencia y se acompasan con la historia clínica de la actora, y si bien tienen diferente fecha de estructuración, ello se debe a que la enfermedad de la actora es crónica y progresiva, padecida desde el año **2002**, conforme da cuenta el dictamen de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá**, practicado el 11 de septiembre de 2002, oportunidad en la que se determinó que contaba con un porcentaje *"superior al 50%"*, es por ello que para el año 2004 (24 de marzo de 2004) su porcentaje de invalidez ya había subido al 67.4% (Archivo 86), y para el 15 de mayo de 2014, conforme el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez su porcentaje ascendió a 75.80% (Archivo No 70), porcentajes de PCL que encuentran sustento en la historia clínica aportada al diligenciamiento, en la que se observan consultas desde el año de 1997 en adelante (archivo antecedentes desde el año 2000), siendo contundente la del **09 de septiembre del 2000** en la que el Hospital del Tunal registra como diagnóstico *"AR (CFIII)"*, es decir, artritis reumatoidea clase funcional III, con *"rigidez matutina en la rodilla"*, *"sinovitis residual"* *"sinovitis leve en rodilla"*; seguidamente, nótese que para el año 2001 se reporta el *"uso de bastón"* (Fol. 6 archivo 85), para el 22 de noviembre de 2005 (Fol. 11) se consigna *"intenso dolor de articulaciones – disminución de movilidad"*, y ya para el 14 de mayo de 2014 tal como lo informa el concepto médico laboral (Fol. 63 antecedentes desde el año 2000), *"paciente con secuelas de artritis reumatoidea, deformidad articular que requiere uso de silla de ruedas y apoyo de terceras personas para sus actividades diarias"*, es decir, que en el transcurso del tiempo su enfermedad se ha ido agravando, y por consiguiente, se ha incrementado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que necesariamente lleva a la Sala a considerar que el estado de invalidez de la actora **superó el 50% desde el 11 de septiembre de 2002**, tal como aparece registrado en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y ha ido avanzando en desmejora del estado de salud de la actora, hasta el punto que la misma Junta Nacional de Calificación de Invalidez menciona que *"conforme a los registros clínicos que obran en la historia clínica evidencian que las secuelas de la paciente se fueron empeorando hasta comprometer seriamente su funcionalidad haciéndose evidente que es a partir del 14 de mayo que el medico laboral claramente establece la necesidad de silla de ruedas y apoyo de una tercera persona"* (Archivo No 70).

De otro lado, lo relacionado con la sinovitis, que fue el punto central de la exposición que hiciera la médico calificadora al rendir su explicación sobre el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, acota la Sala que conforme su dicho, se

trata de un criterio para definir la clase funcional de la enfermedad, ya que va desde la clase I hasta la IV, siendo tal criterio solo uno de otros cuantos que establece la tabla 14.15 del MUCI, y se presenta desde la clase II hasta la IV, además, del MUCI se desprende que *"para elegir la clase por esta variable se debe reunir más del 50% de los síntomas y signos"*, lo que connota que la persona con Artritis Reumatoidea puede presentar o no los síntomas de Sinovitis y ello no hace que se descarte que la clase de la enfermedad sea II o IV, pues se recurre a los otros síntomas, que en estricto sentido se encuentra soportado en los dictámenes y en la historia clínica, además la Sinovitis al tratarse de una *"inflamación o irritación de la membrana sinovial que reviste las articulaciones"*¹ puede mejorar dependiendo el tratamiento, lo que puede explicar la razón por la que tal síntoma se hizo visible en los primeros años de la enfermedad de la actora y no referir tal síntoma para el año 2011 o 2013, ya que puede haber mejorado debido al tratamiento médico, pero ello se itera, no define en sí mismo o por sí solo la clase funcional de la enfermedad.

De igual modo, dependiendo la clase funcional (I a IV) se consolida el porcentaje de la invalidez, siendo que tanto en el Decreto 971 de 1999 como en el Decreto 1507 de 2014, la clase III oscila entre el 37% al 60% y la clase IV del 61 al 90% de la deficiencia global, lo que conlleva a determinar que al haberse dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá desde el año 2002 como "artritis reumatoidea clase III-IV" y que además se encuentra soportado en la historia clínica que data de consultas de esa época, puede válidamente sostenerse que la invalidez de la actora viene dada desde el 11 de septiembre de 2002, y en adelante con aumento en su porcentaje de invalidez al tratarse de una enfermedad crónica y degenerativa, lo que la ha llevado en la actualidad a estar en silla de ruedas y con ayuda de terceras personas, sin contar con la avanzada edad que cuenta, esto es, 78 años.

Conforme lo dicho, es indiscutible el estado de invalidez con que cuenta la demandante, y por ello, al tener en cuenta que la invalidez superior al 50% se presentó desde que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá calificó a la actora, ha de tenerse en cuenta como **fecha de estructuración el 11 de septiembre de 2002**, pues como se dijo anteriormente, las cotizaciones realizadas desde el 2003 a 2008 no pueden validarse para el reconocimiento pensional por no haber sido producto de la capacidad laboral residual.

En ese orden, la Sala se adentra en el estudio pensional teniendo como parámetro de estructuración de la invalidez el 11 de septiembre de 2002.

PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN – DENSIDAD MÍNIMA DE COTIZACIONES / PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA.

Establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, que tendrá derecho a la pensión de invalidez quien haya cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo si estaba cotizando activamente al momento de producirse el estado de invalidez; o hubiere aportado veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez, de no estar cotizando activamente.

Revisada la historia laboral de la afiliada, advierte la Sala que, para el 11 de septiembre de 2002, se reporta activo no cotizante, dado que la última cotización fue

¹ http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-24522018000300274&lng=es&nrm=iso

hasta el 30 de marzo de 1974 y, por ende, debía cumplir con veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, las cuales no acredita.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (SL3723-2019), se ha ocupado de analizar las pensiones de invalidez a la luz del **principio de la condición más beneficiosa**, adoctrinando que cuando un afiliado al ISS, tenga aportes antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993 y se produzca el estado de invalidez en vigencia del artículo 39 de esta normativa, sin duda alguna, acorde con dicho principio, el afiliado no pierde el derecho a acceder a la pensión de invalidez conforme a lo previsto por los artículos 7º del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3723 de 2019, que rememoró la de radicado SL8097-2014, tiene dicho que:

"Ha sido criterio de esta Corporación que si un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales (i) acredita la densidad de semanas exigidas en el artículo 6º del A. 049/ 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, esto es, 300 semanas en cualquier época, o 150 dentro de los 6 años anteriores a la invalidez; (ii) se invalida en vigencia de la L.100/1993, como en el caso ahora en estudio; y (iii) no reúne los requisitos del artículo 39 ibídem (que exige que el afiliado se encuentre en ese momento cotizando al sistema y haya cotizado por lo menos 26 semanas, o que habiendo dejado de hacerlo, hubiera efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior); es viable considerar la primera normativa citada, para dar aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa en materia de la pensión de invalidez".

Descendiendo al sub examine, al revisar el historial de cotizaciones, no es objeto de censura y así se logra extraer de la historia laboral de cotizaciones que reposa a folios 1 y 4, archivo "historia laboral" del paginario, que la afiliada había reunido un total de **378 semanas** cotizadas entre el 01 de enero de 1967 y el 30 de marzo de 1974, de las cuales, las mismas 378 semanas **son inmediatamente anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993** – comprendidos entre el 1 de enero de 1967 y el 1 de abril de 1994.

Conforme con lo anterior, es claro que la señora ANA ISABEL MEZTIZO MONTOYA, le asiste derecho a la pensión de invalidez en virtud de la condición más beneficiosa.

En este punto, debe precisar la Sala que si bien es cierto el recurso de alzada estuvo dirigido a trasladar la fecha de estructuración y a obtener la pensión de invalidez en virtud de la Ley 860 de 2003, acota la Sala que no se transgrede el principio de consonancia, ya que ha sido criterio de la Corte Constitucional (C-968 de 2003) como de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL2808-2018), que *"la Constitución le impone al juez de segundo grado la obligación de pronunciarse sobre las materias relacionadas con los **beneficios mínimos** consagrados en las normas laborales"* (negrilla fuera de texto), siendo que en el presente asunto se trata del derecho a la pensión de invalidez de una persona que además de contar con una enfermedad crónica y degenerativa, tiene una edad avanzada de 78 años.

En cuanto al **quantum pensional**, de la historia laboral de cotizaciones se aprecia que el ingreso base de cotización se efectuó sobre un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que al aplicarle el 45 % de que trata el literal a) del artículo 40 de la

Ley 100 de 1993, su pensión será inferior al SMLMV, razón por la que, en aplicación de la anterior norma referida, que esgrime que *“En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual”*, se procederá a reconocer la prestación en cuantía de UN (1) SMLMV.

Respecto al **disfrute** de la pensión de invalidez, establece el artículo 40 de la ley 100 de 1993, que *“comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”*; sin embargo, como se propuso la excepción de prescripción, establecida en el artículo 151 del CPTSS, es necesario adentrarnos en su estudio, encontrando que el estado de invalidez lo tenía acreditado desde el 11 de septiembre de 2002, pero solo se acercó a Colpensiones a reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez el **18 de enero de 2016** (folios 1 a 6 archivo GEN-REQ-IN-2016), la cual se le negó por Resolución 147317 del 19 de mayo de 2016, confirmada a través de Resolución GNR203650 del 12 de julio de 2016 y Resolución VPB33244 del 23 de agosto de 2016, presentando la demanda el 18 de noviembre de 2016 (folio 1 archivo No 006), es decir, sin que haya transcurrido más de tres años entre la reclamación y la presentación de la demanda. Por lo anotado, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **18 de enero de 2013**.

Por lo anterior, con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 18 de enero de 2013 y el 30 de abril de 2022, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$97.417.912**, y a partir del 1º de mayo de 2022 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a **\$1.000.000**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 14 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

	RETROACTIVO		
Año	Monto Mensual	Mesadas	Total
2013	\$ 589.500	14	\$ 8.253.000,00
2014	\$ 616.000	14	\$ 8.624.000,00
2015	\$ 644.350	14	\$ 9.020.900,00
2016	\$ 689.454	14	\$ 9.652.356,00
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038,00
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526	14	\$ 12.719.364,00
2022	\$ 1.000.000	4	\$ 4.000.000,00
TOTAL			\$ 97.417.912,00

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de enero de 2013, en estricto sentido se debe reconocer de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

Se autoriza a COLPENSIONES para que se realice los descuentos al subsistema general en salud, ya que dicha obligación opera por ministerio de la ley, incluso no se requiere de autorización judicial en ese sentido (SL969-2021).

INTERESES MORATORIOS

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

En el sub examine, dado que el reconocimiento pensional aconteció por aplicación de la condición más beneficiosa (SL3087-2014), y además que la discusión sobre la invalidez de la actora se suscitó a través de la presente providencia, no hay lugar a imponer intereses moratorios a cargo de Colpensiones.

INDEXACIÓN

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

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

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

COMPENSACIÓN INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha delineado que *"de la lectura al artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no surge incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el actor en su debido momento, y la pensión de invalidez que reclama, dada la incapacidad que le sobrevino con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad"* (Radicado No 30123 del 20 de noviembre de 2007).

En ese sentido, como quiera que mediante resolución No 017660 del 2009 (Fols. 2 archivo GRP-HPE-EV), le fue reconocida la indemnización sustitutiva por el riesgo de vejez, diferente al de invalidez que aquí se concedió, no hay lugar a la compensación o devolución de tal suma de dinero.

Finalmente, en lo que respecta a la condena por intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia hasta que dé cumplimiento de la misma por parte de Colpensiones, no resulta procedente, ya que como se dijo, los intereses moratorios no son procedentes en el presente asunto, y además conforme lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no están consagrados como mecanismo para motivar el cumplimiento de la sentencia.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primer grado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por no haber causado, ya que, a pesar de la prosperidad de la apelación, ello tuvo lugar al seguir la tesis de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en lo que respecta a la condición más beneficiosa y el reconocimiento surgió por el estudio particular y concreto de la patología de la actora. Las de primera se revocan, y correrán a cargo de la parte demandada. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las entidades demandadas de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** que la señora ANA ISABEL MESTIZO DE MONTOYA, cuenta con una invalidez superior al 50% a partir del 11 de septiembre de 2002, y en consecuencia, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, conforme las consideraciones vertidas en la parte considerativa de la presente providencia.

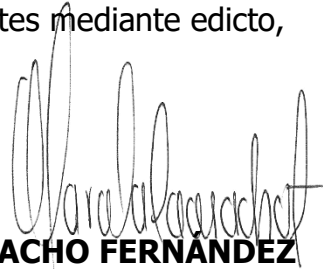
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante, la suma de **\$97.417.912**, por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 18 de enero de 2013 y el 30 de abril de 2022, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad. A partir del 01 de mayo de 2022, la demandada seguirá reconociendo a la demandante una mesada pensional equivalente a **\$1.000.000**, junto con la mesada adicional de junio y diciembre de cada año, en lo sucesivo con los reajustes que fije o acoja el Gobierno Nacional, y autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y las que se sigan causando hasta el momento del pago efectivo de la obligación, indexación que debe efectuarse desde la causación de cada mesada pensional, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad al 18 de enero de 2013, y por sustracción de materia declarar no probadas las demás excepciones propuestas.

QUINTO. SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada Colpensiones. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA ISABEL CALDERÓN TRIVIÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-034-2019-00510-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANA ISABEL CALDERÓN TRIVIÑO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; que se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante; que se ordene a Colpensiones la aceptación del demandante al RPMPD; que en el evento de haberse otorgado previamente la pensión por parte de PROTECCIÓN S.A., se ordene seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados los aportes a COLPENSIONES; lo ultra y extra petita, y las costas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS desde el 29 de enero de 1988; que se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 11 de octubre de 1999; que la AFP del RAIS no le brindó la información necesaria y completa para trasladarse de régimen pensional; que solicitó la anulación del traslado y el retorno al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones y Protección S.A., pero le fue negado; que en Colpensiones obtendría una pensión en la suma de \$984.321, mientras que en el RAIS sería de \$828.116. (fols. 1 a 35).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 234); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al

RAIS; que no obra prueba alguna de que se le haya hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento; que no se evidencia nota de protesto en la solicitud de afiliación; que no cumple con los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010 para proceder al traslado. Como excepciones de mérito propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y la innominada o genérica. (Fols. 236 a 254).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda señalando para tal efecto que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó de manera libre y expresa; que Protección S.A. brindó a la demandante información clara, oportuna y cierta; que no se puede pretender la nulidad o ineficacia del traslado solamente soportado en las expectativas económicas respecto de la pensión de vejez. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, y la de inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Fols. 1 a 25 archivo No 02)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de marzo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de traslado que hizo el demandante del RMPD al RAIS; ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores recaudados por concepto de administración; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Protección S.A.. Finalmente condenó en costas solo a PROTECCIÓN S.A.

La decisión de la juez tuvo como sustento el artículo 13 ley 100 de 1993, frente a la libertad de afiliación, así como el criterio de la Corte Suprema de Justicia al respecto, como en las sentencias SL2324-2019, SL4964-2018, SL17595-2017, SL12136-2014 y SL1688-2019, considerando que corresponde a las AFP garantizar una decisión informada, autónoma, libre y objetivamente verificable; que la información debe constar en la antesala y durante su afiliación, ya que es una obligación de los fondos de pensiones desde su creación legal, tal como se establece en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, o estatuto financiero de la época; que corresponde a las AFP el deber de suministrar información clara y suficiente, las ventajas y desventajas, para tomar una decisión libre y voluntaria; que la aceptación genérica del formulario no constata el cumplimiento del deber de información.

Que en el caso concreto al verificar si el traslado se produjo bajo la libertad informada, únicamente se allegó por la AFP el formulario de vinculación, donde constan datos personales y laborales, pero de allí no se desprende la información requerida, por lo que existe una falta directa al deber de información, además que omitió darle información frente al cambio del régimen, y tampoco suministró el modelo pensional de conformidad con el Decreto 663 de 1993; que del interrogatorio no se desprende

confesión, solo manifestaciones generales, lo que da lugar a considerar que no se le suministró información de las ventajas y desventajas, ni proyección financiera.

Conforme lo anterior, al darse los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, la AFP debe devolver todos los valores, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, así como también, corresponde a COLPENSIONES recibir a la actora sin solución de continuidad. Finalmente, frente a la prescripción, señaló que no se rige por la nulidad del acto jurídico, ya que está ligado con el derecho a la pensión de vejez, el cual tiene carácter de irrenunciable e imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que no se observa la existencia de los requisitos de la ineficacia o nulidad del traslado; que no se demuestra por la demandante que en el acto jurídico hubiese existido vicios del consentimiento; que la demandante al ser interrogada manifestó que tenía la intención de trasladarse desde antes de la asesoría brindada al momento del traslado; que no sería procedente la ineficacia; que no se encuentran satisfecho los requisitos legales y jurisprudenciales para retornar al RPMPD; que en el evento de confirmar la ineficacia, se adicione la sentencia en el sentido de dar la posibilidad a Colpensiones para que pueda accionar a la AFP en procura de obtener la indemnización de daños y perjuicios.

5.2 PROTECCIÓN S.A.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que el literal B) del artículo 60 de la ley 100 de 1993, regula lo relacionado a los descuentos por gastos de administración, por lo que, tales descuentos se hicieron conforme a la ley; que devolver gastos de administración constituye una sobre remuneración injustificada a cargo de la AFP; que los gastos de administración y primas previsiones están autorizadas por vía legal, y destinados a cubrir las contingencias que le fueron cubiertas a la actora; que constituye un enriquecimiento sin causa ordenar la devolución de tales conceptos, además perturba la estabilidad financiera del sistema; que la condena en costas es improcedente, ya que no cuenta con un soporte legal para trasladar a la actora a quien le falta menos de 10 años para pensionarse; que no es posible trasladar los conceptos de gastos de administración, fondo de solidaridad pensional y sumas adicionales de la aseguradora.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 Protección S.A.: Solicita que se revoque la condena en cuanto condenó a la devolución de los gastos de administración, prima de seguro previsional, y fondo de solidaridad pensional, sin que haya lugar a condenar en costas.

7.2 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

7.3 Demandante: Peticiona que se confirme la decisión de instancia, ya que no se cumplió con el deber de información, exigible por la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora ANA ISABEL CALDERÓN TRIVIÑO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 29 de enero de 1988, con cotizaciones hasta el 30 de octubre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 47 a 48) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena, hoy Protección S.A. con fecha del 11 de octubre de 1999 (Fol. 61), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 49 a 60).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo

preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de

obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en

sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem, sin que haya lugar a tener en cuenta la alzada propuesta por Colpensiones, de que se autorice a esa entidad a reclamar los daños o perjuicios ante

la AFP, pues es un tema que no necesita autorización por parte de esta Judicatura en la presente sentencia, ya que sí Colpensiones considera que debe accionar alguna clase de perjuicios ante la AFP debe plantearlo ante los estrados judiciales, sin que sea a través de esta providencia que se autorice o no tal actuación.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues la alzada de Protección S.A. referida a que son improcedentes las costas no sale avante, dado que resultó ser parte vencida en el proceso, generándose las mismas de conformidad con el artículo 365, numeral 1º del CGP.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de marzo del 2022, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para

que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, el porcentaje destinado al **fondo de garantía de pensión mínima, el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

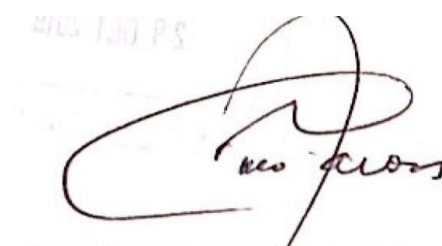
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *FLAVIO ENRIQUE CHAPARRO GUTIÉRREZ*
DEMANDADO: *UGPP*
RADICACIÓN: *110013105-014-2019-00887-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *MESADA 14.*

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor FLAVIO ENRIQUE CHAPARRO GUTIÉRREZ a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a reconocer y pagar la mesada catorce a partir del 18 de octubre de 2006, el retroactivo, la indexación, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue pensionado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a partir del 18 de octubre de 2006, en cuantía inicial de \$1.403.353,02, junto con la mesada adicional de junio o mesada catorce; que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio; que agotó la reclamación administrativa ante la entidad demandada. (Fols. 1 a 11 archivo No 4)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 18 y 19 archivo No 4); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra, bajo el argumento de que la pensión reconocida se causó con posterioridad a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, a partir del 18 de octubre de 2006, y excedía los tres salarios mínimos de la época, por lo que no le es dable el reconocimiento y pago de la mesada 14. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la mesada catorce, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y

compensación, cumplimiento del deber legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, buena fe, legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la mesada 14 o mesada adicional, y la genérica (Fol. 38 a 44 Archivo No 4)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de marzo de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante las mesadas adicionales de su pensión de jubilación convencional, a partir del mes de junio de 2008; condenó a la UGPP a la suma de \$28.278.849 por concepto de mesada adicional de junio o mesada adicional, desde junio de 2008 hasta junio de 2021 y en adelante hasta cuando subsistan las causas que dieron lugar a tal beneficio; declaró no probadas las restantes excepciones propuestas, imponiendo costas procesales a la demandada (fls. 1 a 5 archivo No 10, con audiencia- archivo 09).

Para resolver el problema jurídico de la procedencia o no de la mesada 14 a cargo de la UGPP, indicó que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sentencia C- 409 de 2004, artículo 58 de la Constitución Política, y Acto Legislativo 01 de 2005, el actor causó la pensión de vejez con anterioridad a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual, le asiste derecho a la mesada catorce, además que debe tenerse en cuenta que el mencionado Acto Legislativo consagra el respeto a los derechos adquiridos, y en el caso del actor, al haber causado la pensión convencional con el cumplimiento del tiempo de servicios, que fue anterior a la entrada en vigor la reforma constitucional, no queda duda de que le asiste derecho a recibir la mesada adicional, aunado a que, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en punto a lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, consideró que la edad solo es un requisito de exigibilidad.

En ese orden, como la UGPP suspendió el reconocimiento de la mesada catorce a partir de junio de 2008, hay lugar a su reconocimiento desde tal anualidad al no haberse propuesto la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de la DEMANDADA, quien solicitó la revocatoria de la sentencia al estimar que se desconoce lo dispuesto en sendas sentencias de la Corte Constitucional como la C-083 de 2004, y C168 de 1995, en donde se deja sentado que únicamente existe un derecho adquirido cuando se han cumplido todos los requisitos para hacerse acreedor al derecho; que igualmente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias SL489-2021 y SL4253-2021 ha reiterado el criterio de los derechos adquiridos, diferenciándolo de la expectativa legítima; que es claro que la convención colectiva en el artículo 41 señala que tiene derecho a la pensión al llegar al requisito de la edad; que la edad no puede tenerse como mera condición de exigibilidad; que no le asiste derecho a la mesada catorce conforme el Acto Legislativo 01 de 2005; que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos; que no puede tenerse por causado el derecho sin haber cumplido el tiempo de servicios con la edad; que deben acogerse las excepciones planteadas por la demandada; que el actor logro el status de pensionado el 18 de octubre de 2006 y su cuantía ascendió a \$1.403.353, con lo cual superó los tres salarios mínimos legales vigentes de la época; que al revocarse la decisión tampoco hay lugar a condenar en costas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se confirme en su totalidad la decisión de instancia.

6.2 UGPP. Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, dado que no le asiste derecho a la mesada 14, pues cumplió el requisito de la edad en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, además de que la pensión supera los tres salarios mínimos legales vigentes para cuando logró acreditar la edad mínima.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente, así como también se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP en lo que sea desfavorable, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿Podía la UGPP suspender el reconocimiento de la mesada 14 que venía percibiendo el señor Flavio Enrique Chaparro Gutiérrez, por ser superior la mesada pensional a 3 SMLMV? en caso negativo iii) ¿Procede la condena por retroactivo e indexación?

MESADA 14 PENSIÓN CONVENCIONAL

No es objeto de discusión que al actor, mediante Resolución No 04886 del 01 de noviembre de 2006, le fue reconocida la pensión de jubilación convencional por parte de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en cuantía inicial de \$892.105,63, efectiva a partir del 18 de octubre de 2006, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad (Fols. 5 a 8 archivo No 1); que mediante resolución No 06112 del 13 de mayo de 2008, se realizó la indexación de la primera mesada pensional, otorgándole como mesada al 18 de octubre de 2006, el valor de \$1.403.353,2, y para el año 2008, el valor de \$1.549.651,43 (Fol. 9 a 11 archivo No 01); que la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, le venía reconociendo la mesada 14, pero a partir del mes de junio de 2008, ante el aumento de la mesada pensional, dejó de reconocerle y pagarle la mesada 14, tal como se constata en la documental de folio 17 a 20, contentivo de certificación de histórico de valores reconocidos al pensionado.

Para resolver, acota la Sala que en lo pertinente a la mesada 14, el Acto Legislativo 01 de 2005, preceptúa lo siguiente:

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

(...)

Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año"

Puestas así las cosas, esta Sala de decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL526-2018) en derredor a la pensión de jubilación convencional, la causación del derecho y su implicación respecto al Acto Legislativo 01 de 2005. Respecto a la causación de la pensión convencional tiene adoctrinado:

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

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

Ahora, frente a la mesada catorce, en sentencia SL1056-2022, en la que se estudia la viabilidad de la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, que fue la misma que generó el derecho pensional al aquí demandante, la Corte dijo lo siguiente:

“En ese orden, es claro que el Tribunal acertó al considerar que la edad de 55 años no constituía un presupuesto para la estructuración del derecho, sino meramente un requisito para la exigibilidad o goce efectivo de la prestación, la cual se materializa realmente con el cumplimiento de los años al servicio de la empresa.

Lo anterior conlleva no solo a concluir que hizo bien el ad quem al confirmar el reconocimiento de la pensión extralegal, sino también al disponer el pago de la mesada catorce, pues el derecho se causó cuando el trabajador completó veinte años de servicio, y ello ocurrió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, reforma constitucional que produjo efectos hacia el futuro, no retroactivos, y que expresamente reconoció que el Estado garantizaría los derechos adquiridos”.

En el sub lite, al actor le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 18 de octubre de 2006 (Fls. 5 a 8 archivo No 01), fecha en la que arribó a los 55 años, por haber nacido el mismo día y mes del año 1951 (Fols. 4 archivo No 01), en la cual, además ya se encontraba retirado de la entidad, pues según la información laboral extraída en los diferentes actos administrativos, laboró desde el 03 de febrero de 1975 hasta el 27 de junio de 199, para un total de 24 años y 145 días, aspectos que resultan de total importancia,

dado que al ser la edad un requisito de exigibilidad y no de causación, ha de entenderse para todos los efectos que el demandante causó su derecho pensional mucho antes de la entrada en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, pues para el año de 1999 ya contaba con más de 20 años exigidos por la disposición convencional, faltándole solo el cumplimiento de la edad, el cual por el hecho de acreditarla en el año 2006, esto es, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no le hace perder el derecho consolidado a recibir la pensión con 14 mesadas pensionales anuales, además porque el Acto Legislativo 01 de 2005, artículo primero establece que *"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos"*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL3946-2020), respecto a la mesada 14 y los derechos adquiridos, manifestó:

"Adicionalmente, el demandante no se encuentra dentro del régimen de excepción a que alude el parágrafo transitorio 6º...".

Por lo visto, es claro que no debe existir diferencia alguna en relación con la naturaleza jurídica de la pensión reconocida, para efectos del beneficio del pensionado a recibir las mesadas adicionales; de ahí que como el cargo está orientado por la vía directa, no es tema de discusión que las pensiones otorgadas a los actores son de fecha anterior a la vigencia del Acto Legislativo mencionado, por tanto les asiste el derecho a percibir la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993".

Contrario sensu, como la prestación, en el sub lite se reconoció mucho antes de la citada modificación constitucional es patente que se debe respetar ese derecho, incluso porque en el inc. 9º del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. Ello, en el entendido que el derecho se causó con anterioridad al 25 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el mencionado Acto Legislativo, circunstancia que corrobora la documental aportada al plenario".

Así entonces, el reconocimiento de la mesada 14 resulta procedente en la medida que en el caso concreto la edad solo es un requisito de exigibilidad, causando la pensión de jubilación convencional con el cumplimiento de los 20 años de servicios, mismos que se acreditaron antes de la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, sin que pueda aplicarse lo adocinado por la Corte Constitucional en las sentencias referidas por el apelante, ya que en efecto en materia de pensiones de origen legal, la misma se causa con el cumplimiento de la edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, e incluso el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 así lo pregona; no obstante, debe acotar la Sala que en el sub examine la pensión otorgada al actor es de origen convencional y por ende, debe seguirse el entendimiento que al respecto la ha dado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, quien en múltiples oportunidades se ha referido a la pensión establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, adocinando que la edad solo constituye un requisito de exigibilidad, entendiéndose que se causó la prestación con el cumplimiento del tiempo de servicio.

En consecuencia, fue desacertada la posición de la UGPP al dejar de reconocerle la mesada 14 una vez indexó la primera mesada pensional y superar esta los tres salarios mínimos, ya que debía tener en cuenta que al tratarse de una pensión de origen convencional, el requisito de la edad solo constituye un requisito de exigibilidad y no

de causación del derecho, y en ese orden, considera la judicatura que le asiste razón a la juzgadora de instancia, debiéndose confirmar el fallo confutado en este aspecto.

Acto seguido, como quiera que a partir de junio de 2008 se le dejó de cancelar la mesada, desde esa data se ordenará el reconocimiento de la mesada 14, ya que la entidad de seguridad social no formuló la excepción de prescripción, y conforme lo dispone el artículo 282 del CGP, la misma debe ser alegada, estando vedado al operador judicial declararla de oficio.

Así las cosas, por mesada 14 o mesada adicional de junio, nos arroja un valor de **\$28.278.849**, que corresponde a las mesadas de junio de 2008 a junio de 2021, suma igual a la ordenada por la cognoscente de instancia, por lo que se impartirá confirmación, sin perjuicio de la mesada 14 que se siga generando hacia futuro.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2006	4,48%	\$ 1.403.353		\$ 0
2007	5,69%	\$ 1.466.223		\$ 0
2008	7,67%	\$ 1.549.651	1	\$ 1.549.651
2009	2,00%	\$ 1.668.510	1	\$ 1.668.510
2010	3,17%	\$ 1.701.880	1	\$ 1.701.880
2011	3,73%	\$ 1.755.829	1	\$ 1.755.829
2012	2,44%	\$ 1.821.322	1	\$ 1.821.322
2013	1,94%	\$ 1.865.762	1	\$ 1.865.762
2014	3,66%	\$ 1.901.958	1	\$ 1.901.958
2015	6,77%	\$ 1.971.570	1	\$ 1.971.570
2016	5,75%	\$ 2.105.045	1	\$ 2.105.045
2017	4,09%	\$ 2.226.085	1	\$ 2.226.085
2018	3,18%	\$ 2.317.132	1	\$ 2.317.132
2019	3,80%	\$ 2.390.816	1	\$ 2.390.816
2020	1,61%	\$ 2.481.668	1	\$ 2.481.668
2021	5,62%	\$ 2.521.622	1	\$ 2.521.622
2022		\$ 2.663.338		\$ 0
			TOTAL	\$ 28.278.849

INDEXACIÓN

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

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

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

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en su integridad.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la UGPP y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP, la UGPP resultó ser la parte vencida en el proceso, aunado a que ejerció férrea oposición a las pretensiones.

DECISIÓN

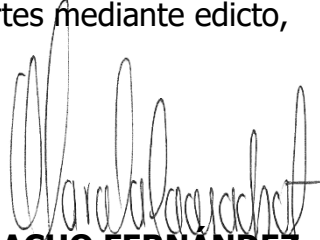
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones atrás expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de la UGPP. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

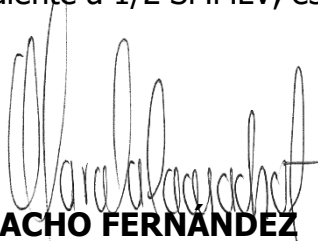


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de la UGPP, el equivalente a 1/2 SMMLV, esto es, la suma de \$ 500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NEREO GAMARRA LIZARAZO
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y MINHACIENDA.
RADICACIÓN: 110013105-003-2020-00108-01
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO- PENSIONADOS

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN GISELA MESA TIQUE, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NEREO GAMARRA LIZARAZO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Así mismo, que se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen realizado el 1 de mayo de 1997, al igual que a recibirlo en el RPMPD sin solución de continuidad; que se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del cumplimiento de los 62 años de edad, la indexación, lo extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 09 de octubre de 1955, cumpliendo los 62 años de edad el 09 de octubre de 2017; que cotizó al ISS un total de 644 semanas; que el 01 de mayo de 1997 se trasladó a Colfondos S.A.; que el traslado no estuvo precedido de la suficiente ilustración e información, por lo que no fue libre e informado; que para el 28 de febrero de 2015, había cotizado un total de 1.662,43 semanas; que Cofondos no le informó de la posibilidad de retornar al régimen de prima media con anterioridad al 09 de octubre de 2007, data para la cual le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión; que mediante oficio del 19 de febrero de 2016, Colfondos le comunica del reconocimiento de la pensión de vejez

en cuantía de \$6.248.900, efectiva a partir del 01 de marzo de 2016; que el 19 de febrero de 2020 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, y de igual manera lo hizo ante Colfondos el 17 de febrero de 2020. (fol. 3 a 11 archivo No 001).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 10); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones, aunado a que los asesores brindaron al demandante la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen; que no se está vulnerando su derecho pensional, ya que puede obtener la pensión en el RAIS siempre y cuando cumpla los requisitos de ley; que no se demuestra el error, fuerza o dolo en la afiliación; que no se puede pretender dejar nulo el traslado, ya que se encuentra recibiendo una mesada pensional por parte de la AFP demandada. Propone como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatoria administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y validez del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en Colfondos y trámites de la solicitud de pensión. (fols. 3 a 33 archivo 005).

3.2 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado a Colfondos se hizo de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; que lo que se evidencia es la negligencia del demandante con respecto a consultar su situación pensional, y por ello, la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que decidió de manera libre e informada la obtención del reconocimiento pensional en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de la inoponibilidad de las responsabilidades de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (fols. 2 a 21 archivo No 06).

3.3 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que en lo que respecta a sus funciones emitió y redimió un bono pensional tipo A con destino a COLFONDOS S.A., sin que actualmente tenga obligación alguna por atender en relación con el beneficiario; que sobre el tema de la ineficacia de traslado de pensionado debe tenerse en cuenta la sentencia SL373-2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Propuso como excepciones de fondo las buena fe y la genérica (fol. 1 a 16 archivo 015).

3.4 CONTESTACIÓN DEMANDANTE – DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la

demanda de reconvención propuesta por COLFONDOS S.A., señalando que la pensión recibida no es una pensión de garantía de pensión mínima, y por ello, conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se debe autorizar a Colpensiones a debitar del retroactivo demandado el valor del monto de las mesadas pagadas al demandante. Se abstuvo de presentar excepciones de fondo (fol. 1 a 3 archivo 011).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia absolvió a COLFONDOS S.A., COLPENSIONES, y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, gravándolo en costas.

La decisión del Juez se basó en síntesis en que, si bien la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral a través de sentencia con radicado No 31989 de 2008, venía sosteniendo la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información, lo cierto es que, a través de sentencia SL373-2021, cambió el precedente vertical, abandonando el criterio de la sentencia de radicado 31989 de 2008, con sustentó en que la calidad de pensionado le genera una situación jurídica consolidada, imposible de retrotraer, y en ese sentido, como en el sub examine se acepta desde la presentación de la demanda que adquirió la calidad de pensionado por parte de Colfondos S.A., no es procedente la declaratoria de ineficacia, sin que sea argumento suficiente el que la sentencia de la Corte Suprema sea posterior a la fecha en que adquirió la calidad de pensionado; que por sustracción de materia se abstiene de estudiar la demanda de reconvención.

5. Impugnación y límites del ad quem. El apoderado judicial de la parte demandante presenta recurso de alzada, insistiendo en que, si bien se presentó el cambio jurisprudencial contenido en la sentencia SL 373-2021 respecto de los pensionados, debe tenerse en cuenta la sentencia SL1309-2021, donde de manera análoga, obedece a la reclamación de un pensionado con régimen de transición, en la que frente al derecho fundamental de la pensión hace un análisis extralegal, ya que la pensión se materializa con la escogencia de determinada modalidad; que sobre el bono pensional lo que procede es que se le ordene a la AFP retornar el bono pensional a Colpensiones; que se debe tener en cuenta la situación fáctica frente a la selección de las modalidades de pensión, ya que se pensionó bajo retiro programado, y conforme la Circular de la SFC, se le debe dar la oportunidad de escoger cual va a ser su modalidad pensional, oportunidad que al no dársele no genera el convencimiento y libertad de selección, y por ende, no se tiene como pensionado, siendo solo afiliado.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 Colfondos. Solicitó que se confirme la decisión absolutoria y se tenga en cuenta la sentencia SL373-2021 en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral determina la improcedencia de la ineficacia del traslado en tratándose de pensionados.

6.2 Colpensiones. Solicita que se confirme la decisión de instancia, dada la improcedencia del traslado solicitado por la parte actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional del señor NEREO GAMARRA LIZARAZO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., pese a ostentar la calidad de pensionado bajo la modalidad de retiro programado? Para lo cual se abordará los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es procedente aplicar el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SL373-2021, a pesar de que para la fecha de interposición de la demanda era procedente la ineficacia del traslado en calidad de pensionado del RAIS?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor NEREO GAMARRA LIZARAZO, cotizó al ISS, hoy Colpensiones del 04 de abril de 1978 hasta el 30 de marzo de 1997 (Fol. 13 a 15 archivo No 01); que se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 07 de marzo de 1997, como se evidencia el formulario de afiliación (fol. 5 archivo No 23); que el 19 de febrero de 2016, COLFONDOS S.A. le aprueba la solicitud pensional en la modalidad de retiro programado, con fecha de adquisición del derecho el 01 de marzo de 2016 (Fol. 38 a 40 archivo No 05).

En torno de la definición de esta clase de controversias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *"abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado"*.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *"situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer"*, ya que ello conllevaría a configurar *"disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa menciona que de conformidad con el artículo

79 de la Ley 100 de 1993, se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia se determina las características de su mesada pensional.

Al margen de lo anterior, ha de ponderar la Sala que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación del consentimiento informado de la AFP no solo se debe atender en la antesala del traslado, sino también: *"durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*, regulación que permite inferir que una vez solicitada y obtenida la prestación económica de vejez ante la AFP y entrado en el pleno disfrute pensional, la falta de información integral en el traslado inicial entre regímenes pensionales deja de ser relevante, en tanto se trata de una persona adquiriente de un nuevo status como pensionado, acto jurídico en la que la AFP le pone a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, tal como se detalla en la documental de folios 36 archivo No 36, y a consecuencia de ello, el actor escoge la modalidad de retiro programado con redención del bono pensional, lo que llevó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a expedir la resolución No 17225 del 23 de octubre de 2017 (Fol. 32 a 35 archivo No 015); igualmente, el actor en el interrogatorio de parte manifestó que viene recibiendo la pensión de vejez desde marzo de 2016, manifestación que se tendrá como confesión de que trata el artículo 193 del CGP.

Circunstancias que resultan relevantes jurídicamente, y que no puede pasar de soslayo para la Sala, pues si bien es cierto, la ineficacia de la afiliación y traslado inicial al RAIS conlleva restablecer el *status quo*, no lo es menos que no puede desconocerse la voluntad del actor de escoger libremente la modalidad pensional suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos legales particulares, concretos y oponibles, aunado a que la decisión con la cual se concedió la pensión de vejez en el RAIS le permitía la posibilidad de presentar solicitud de reconsideración, sin que se demuestre en el legajo inconformidad alguna respecto del reconocimiento pensional, ni mucho menos que se ponga en entredicho la falta de información al momento del traslado inicial en el año de 1997, razón por la cual, una vez despuntó el disfrute pensional a partir del mes de marzo de 2016, se consolidó plenamente la calidad de pensionado, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia se hace improcedente la declaratoria de ineficacia instada.

Ello así, al tratarse de un nuevo acto jurídico de naturaleza irrevocable, mal haría el operador judicial por la vía de la ineficacia del traslado dejar tal acto sin efectos.

Ahora, las pretensiones incoadas están referidas a la ineficacia o nulidad del traslado de régimen en calidad de afiliado, y para la fecha de presentación de la demanda el criterio de la Corte Suprema de Justicia era el de la procedencia de la ineficacia del traslado, independiente de si era afiliado o pensionado; no obstante, con la sentencia SL373 de 2021, abandonó el criterio que venía sosteniendo sobre la ineficacia en tratándose de pensionados, criterio aplicable **con efectos inmediatos**, y no como lo quiere hacer entrever el actor que se excepcionan los procesos que se hayan radicado con anterioridad a la sentencia SL373-2021, o que deba verificarse si al momento de la interposición de la demanda era afiliado o pensionado, pues como se dijo, al criterio actual sostenido por la Corte es la improcedencia de la ineficacia del traslado de quienes ostenten la calidad de pensionados, muy a pesar de que tal calidad se haya concretado en el transcurso del proceso o de que se haya pensionado con anterioridad al cambio jurisprudencial.

Debe también precisar la Sala que el criterio de la sentencia SL373-2021, ha sido propalado en sentencias SL5169-2021, SL5704-2021, SL5172-2021, y SL113-2022, por lo que al ser un criterio o precedente jurisprudencial consolidado y vigente, no puede dejar de aplicarse con el argumento del actor de que la presentación de la demanda fue antes de la sentencia SL373-2021, ni tampoco resulta procedente el análisis de que la escogencia de la pensión de vejez en el RAIS no estuvo precedida de información, ya que ello eventualmente podría ser tema de lo que la Corte ha manifestado en estos casos respecto a la indemnización de perjuicios, esto es, a fin de que *“se ordene el pago de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar”* (CSJ SL3535-2021).

Finalmente, como en el sub examine ninguna pretensión está encaminada al reconocimiento de indemnización de perjuicios, ninguna disquisición se realizará al respecto.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá costas por no haberse causado. Las de primera se confirman, ya que de conformidad con el artículo 365 del CGP, la parte actora resultó ser la parte vencida en el proceso, y por ende se despacha de manera desfavorable la alzada en este aspecto.

DECISIÓN

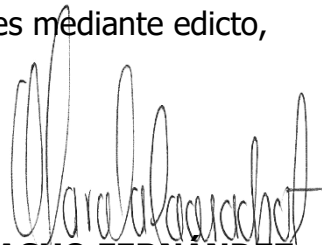
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo del 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **EPS SANITAS S.A. y OTRO.**
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES.**
RADICACIÓN: **110013105-006-2014-00668-02**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **RECOBRO FACTURAS DE SALUD**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. JUAN PAULO VILLADA ARBELÁEZ y JUAN CARLOS RODRIGUEZ AGUDELO, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLSANITAS S.A. y ADRES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. COLSANITAS S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL al pago de \$12.232.218 por concepto de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios NO POS, la indemnización por daño emergente en la suma de \$12.232.218, por gastos administrativos la suma de \$1.223.221, los intereses moratorios, la actualización y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la EPS SANITAS S.A. autorizó y cubrió el suministro y/o la prestación de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios no incluidos entre los beneficios del Plan Obligatorio de Salud – POS, como consecuencia de ordenes tomadas en decisiones de acciones de tutela y de autorizaciones del CTC a favor de diferentes usuarios; que la EPS SANITAS S.A. elevó reclamación ante el FOSYGA, hoy ADRES, presentando un total de 116 recobros, que se discriminan en 133 ítems, junto con los correspondientes soportes; que el FOSYGA glosó los recobros aduciendo las siguientes causales: *"como consecuencia del acta del CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios"*; que los derechos económicos representados en los 116 recobros, que se discrimina en 133 ítems, corresponden a \$12.232.218; que con la

negativa del Fosyga en cancelar los recobros se puso fin a la actuación administrativa; que las demandantes se han visto obligadas a desplegar unos gastos de índole administrativos adicionales que no debía soportar y no se encontraban contenidos dentro de los presupuestos técnico- financieros de la UPC; que el 24 y 28 de diciembre de 2012 la EPS SANITAS S.A. cedió irrevocablemente a favor de COLSANITAS S.A. los recobros que hacen parte de la presente demanda.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 433); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de ADRES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que, se están solicitando el reconocimiento y pago de recobros que están incluidos dentro del POS, los cuales ya han sido pagados por el FOSYGA por medio de la UPC, y/o de recobros que no cumplían con el lleno de requisitos exigidos por la normatividad sobre el tema; que el no pago de los recobros objeto de la demanda se da a raíz del incumplimiento por parte de la EPS demandante de los requisitos esenciales para presentar las solicitudes de recobro ante el FOSYGA, ello debido a que en el trámite de auditoría integral, médica, jurídica y financiera, a los recobros le fueron impuestas glosas que la demandante no logró subsanar, impidiendo así el reconocimiento y pago de los mismos; se opone a los intereses moratorios por no estar previstos legalmente. Como excepciones de mérito rotuló las de culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, e indebida escogencia de la acción. (Fols. 435 a 466).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de diciembre de 2019, mediante la cual el Juzgado condenó a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, a reconocer y pagar a favor de COLSANITAS S.A., la suma de \$1.122.051, por concepto de recobros que se consideran viables o procedentes para su pago, y los intereses moratorios regulados en el Decreto 1281 de 2022 desde la fecha de presentación de la cuenta de cobro ante la entidad accionada hasta cuando se produzca el pago de la obligación; absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas al ADRES. (fol. 745 a 747 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que el problema jurídico por resolver era la procedencia o no de reconocer el valor reclamado en la demanda que se afirma pagó Sanitas S.A a diferentes instituciones prestadoras de servicios correspondiente a la provisión efectiva de medicamentos, insumos, o procedimiento no incluidos en el POS, así como tampoco financiados por la UPC como resultado del cubrimiento y suministro efectivo de los mismos por la EPS Sanitas en favor de los afiliados y beneficiarios suyos, precisando que por auto fecha 23 de agosto de 2018 se admitió el desistimiento parcial del capital de los recobros reclamados, continuándose el proceso con los 35 recobros determinados a folios 656 a 659, igualmente, sí hay lugar a los intereses moratorios regulados por el artículo 1 del Decreto Ley 1281 del 2002, gastos administrativos e indexación.

Que por parte del despacho se procedió a decretar de oficio prueba pericial con la finalidad de establecer si los recobros objeto de reclamación constituyen o no beneficio no POS que generen su pago, mismo que corre a folios 562 a 569 mediante el cual se determinó que los recobros objeto de reclamación judicial por el periodo contenido entre octubre de 2009 y enero de 2011 constituyen el suministro de medicamentos, insumos, elementos y servicios médicos y quirúrgicos y asistenciales

impuestos a la EPS Colsanitas por fallos de tutela o determinaciones del Comité Técnico Científico, que generan su pago por estar excluidos del POS, además que el dictamen pericial no se objetó por las partes, por lo que dispuso condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor de Colsanitas S.A. la suma de \$1'122.051 objeto de recobro no POS y los intereses moratorios regulados por el Decreto 1281 de 2022 desde la fecha de presentación de la cuenta de cobro ante la entidad accionada hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

No fulminó condena por los gastos administrativos como quiera que no existe norma que consagra ese pedimento como sanción, ni tampoco procede la indexación solicitada en la demanda.

Declaró no probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta que la entidad demandante recibió el resultado de auditoria el día 29 de abril de 2011, como se confesó por la entidad demandada al contestar la demanda, y como quiera que la misma se presentó el día 17 de julio de 2013, es decir dentro del término trienal, no hay lugar a declarar probado tal medio exceptivo. Finalmente, gravó en costas a la entidad demandada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por el **ADRESS**, a fin de que se revoque la decisión de instancia, ya que insiste en que los recobros objeto del presente proceso ya fueron pagados por la UPC y hacían parte del POS, motivo por el cual no tenían por qué volverse a pagar; que lo informado por el perito respecto del dictamen no era del todo confiable, como quiera que él no hizo una auditoria médico jurídica y financiera sino que únicamente se dedicó a informar si los recobros estaban o no dentro del POS, además se pudo evidenciar que él no informó a qué tipo de normatividad hizo referencia; que manifestó que el único dictamen que había hecho en cuestión de recobros era este, es decir, era el primero, por lo tanto, no tenía la experticia, además no era auditor médico; que en cuanto a los medicamentos, se confunde el principio activo del medicamento, mismo que está dentro del POS y él tomó como factor importante la concentración del medicamento, dos cosas totalmente diferentes, porque el principio activo es la cantidad, la sustancia que le da el efecto farmacológico al medicamento y la concentración se basa en su peso, volumen o cantidad unitaria, por lo tanto fue errónea su apreciación, y al estar mal enfocado el dictamen lo que hizo fue inducir en error al juzgador, motivo por el cual no se debe condenar a la entidad demandada; que en relación con los intereses moratorios, hay que tener en cuenta lo expuesto en el parágrafo 5° del artículo 237 de la Ley 1955 del 2019, el cual indica que la ADRES no debe ser condenada en intereses y menos aún para el presente caso, como quiera que la glosa estuvo debidamente impuesta.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colsanitas S.A.: Solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que los medicamentos y/o tecnologías reclamadas para la fecha de la prestación del servicio no se encontraban incluidas en el POS, además que fueron suministradas con ocasión a fallos de tutela.

6.2 Adres. Peticiona que se revoque la condena impuesta, dado que los recobros fueron glosados siguiendo los lineamientos legales de la auditoria, además que los recobros contienen el mismo principio activo, por lo que fueron cancelados a la EPS a través de la UPC, igualmente, en caso de proferir condena, aduce que no son procedentes los intereses de mora.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor del ADRES en lo que haya sido desfavorable y no haya sido apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

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

Prestación de servicios de salud

Ab initio, la Sala encuentra necesario precisar que, si bien mediante proveído APL1531-2018 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al dirimir un conflicto de competencia, en un asunto de similares contornos al que aquí concita, referente a recobros de servicios de salud no incluidos en el POS, donde concluyó que: *"Tal circunstancia obliga a considerar que el examen de competencia del presente asunto corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*, lo cierto es que, en el sub examine el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria al resolver el conflicto de competencia **el 18 de marzo de 2015** (Fol. 316), asignó el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral en cabeza del referido Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

Por lo tanto, precisado lo anterior, procede la Sala a conocer de este proceso, y a darle solución a los problemas jurídicos planteados.

Marco legal para el cobro de la prestación de servicios de salud - Caso concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

objetados o glosados, o que se subsanen las glosas, también en los términos estatuidos por el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, se deberá efectuar la cancelación, y de no ser así, emerge una obligación insoluta a cargo de la entidad obligada al pago por los servicios de salud prestados.

Igualmente, valga la pena traer a colación lo discurrido en la sentencia SL1227-2021, en la que esgrime la normatividad aplicable en esta materia, indicando inicialmente que de conformidad con el artículo 218 y 219 de la ley 100 de 1993 el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, hoy ADRES (Ley 1753 de 2015), cuenta con 4 subcuentas independientes, entre estas, la que conlleva a asumir los riesgos de promoción de la salud.

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

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

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

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

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

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que, los aspectos formales del trámite administrativo del recobro de servicios de salud, no es óbice para negar el estudio por la vía judicial, en la medida en que al no ser posible el reconocimiento y pago a través de la vía administrativa, se recurre a la vía judicial, y por lo tanto, tal como lo determinó el a quo al definir el problema jurídico, lo único que debe entrarse

a verificar es si se encuentra acreditada la factura, la prestación del servicio y el trámite general para el recobro, esto es, por ejemplo si las glosas estuvieron fundadas o no, pero se itera, en este estadio judicial, poco o nada interesa el aspecto formal de si el formato de reclamación se diligenció correctamente o no, máxime que el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002 es claro en disponer que la entidad obligada al pago, *"no podrá condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios"*, lo que significa que la demostración efectiva de la prestación del servicio es lo que verdaderamente interesa en la Litis, pues ello determinará si hay lugar al reembolso de los gastos sufragados por la EPS, con la finalidad de no afectar a los actores del sistema general de seguridad social, y de paso, garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población en general (Decreto 1281 de 2002).

Esgrime la entidad demandada que las glosas impuestas son fundadas y que por ello no hay lugar a proferir condena; no obstante, lo primero que debe colegir la Sala al respecto, es que el juez primigenio ordenó realizar un dictamen pericial, que fue rendido el 19 de enero de 2018 (Fol. 563 a 614), en el que se detalla de manera sucinta la explicación de cada una de las glosas impuestas, en particular la codificada con 4-03 (Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios), mismo que la parte demandada tuvo la oportunidad de contradecir, derecho que ejerció solicitando la comparecencia del perito a la audiencia, llevándose a cabo tal diligencia el 9 de julio de 2017 (Fol. 702 a 704 con Cd de audiencia), y en la que, respecto de los recobros referidos a la Cardioaspirina y el Tregretol, manifestó que si bien el principio activo del medicamento está incluido en el POS, debe tenerse en cuenta por ejemplo en el caso de la Cardioaspirina que *"es una droga de absorción lenta, limitada y solamente se dan dosis de una tableta, diferente al ácido acetilsalicílico que tiene el POS o la aspirina de Bayer que se da tres cada seis horas, esto le permite al paciente mayor facilidad para que se tome el medicamento y menos recarga inclusive del número de tabletas que se deben tomar, las presentaciones vienen muy similares, cajas de diez, caja de veinte, cajas de treinta"*.

Igualmente, una vez revisado el dictamen en lo que respecta a los tres medicamentos que hacen parte de los recobros, en su gran mayoría 31 hacen alusión a la "CARDIOASPIRINA" en la que manifiesta que: *"sobre este medicamento (...) es igual al genérico en cuanto al principio activo, concentración, varía en lo denominado margen terapéutico y forma farmacéutica, no en su presentación física de tabletas, sino en la libración del producto por ser de tableta entérica recubierta, menor efectos secundarios y de uso más frecuente de formulación en patologías cardiovasculares, el cuerpo médico colombiano utiliza en la población adulta, contraria al genérico en población infantil en estados febriles y analgésicos, por las razones expuestas no es medicamento POS, se adiciona su uso como lo muestran las historias clínicas, de formulación en los casos de tutela, fue a personas adultas con patologías cardiovasculares, por su acción de antiagregante plaquetario"* (Fol. 569)

Igualmente, frente al VERATAD, TEGRETOL RETARD y CALTRATE 600 MÁS VITAMINA D TABLETA MASTICABLE, aseveró que los principios activos de los medicamentos son POS, pero que por su variación en su formación farmacéutica no son medicamentos POS, ello en virtud de lo establecido en el Acuerdo 029 de 2011 y su anexo.

En efecto, una vez consultada el Acuerdo 29 de 2011 y el anexo, se encuentran allí estipulados los principios activos de los medicamentos POS, pero debe precisarse que el principio activo no define en esencia que el medicamento sea POS, pues se tratan de medicamentos específicos que tienen efectos diferentes al medicamento otorgado con el POS a pesar de tener el mismo principio activo, como lo explicó el perito, y se detalla en el dictamen, como por ejemplo en el caso de la "CARDIOASPIRINA" explicado anteriormente, o el CALTRATE 600 MÁS VITAMINA D TABLETA MASTICABLE, en la que el principio activo es "calcio carbonatado más vitamina D" tableta, pero que difiere del aquí expuesto, en la medida en que es "tableta masticable" y al no cumplir con la "condición de forma farmacéutica" es medicamento NO POS, y que *"la diferencia entre tabletas normales y las de uso masticable es el mecanismos de absorción por el organismo en esta modalidad, es más rápida, mejor y beneficioso para el paciente.- su uso es suplemento vitamínico para prevenir la osteoporosis y en el tratamiento de las deficiencias orgánicas del calcio y vitamina D"*.

En lo que respecta con la "Cardioaspirina" sea preciso memorar la sentencia T-299 de 2007, en la que concluye lo siguiente:

*"Frente a los medicamentos Monix, **Cardioaspirina**, Atelix 75 y Crestor - Calcio de rosuvastatina según denominación común internacional-, esta Sala encuentra que los mismos no se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud –POS-. No obstante, aunque en principio no existía la obligación de la EPS de suministrarlos por encontrarse fuera del aludido Plan, la Sala observa que en el caso se cumplen las circunstancias para inaplicar la normatividad que regula el POS y ordenar el suministro de tales medicinas"*.

En ese orden, considera la Sala que el reproche realizado al dictamen no sale adelante, y por ende, ni siquiera el punto a que el perito no tenía experiencia en esta clase de dictámenes, pues si bien manifestó que era el único dictamen realizado sobre glosas, no lo es menos que como perito médico tiene vasta experiencia como se encuentra demostrado a folios 682 a 686 en la que detalla 38 dictámenes presentados en temas médicos, más complejos que el presente, pues manifestó en la audiencia que *"la experiencia para revisar si era POS o no POS pues claro que conozco los 39, las 10, las 28 resoluciones, los 5 acuerdos, el Decreto que hay para más o menos regular todo esto de los cobros al FOSYGA, he leído los soportes jurídicos que hay para eso y para eso y en base a eso y a la documentación que estaba bastante clara, que le permitía a uno analizar fácilmente este caso pues únicamente resumí a 37 recobros"*

Así las cosas, de las glosas generadas por la causal de "Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios" generó un total de \$1.122.051, como se observa de la tabla de folio 571 a 581, y en ese orden se confirmará la decisión.

En este punto es necesario precisar que la tabla que anexó el perito contiene la relación de los conceptos no POS, su valor, las ordenes de tutela, la fecha de reclamación y la glosa, generando el mismo valor que fue cobrado por la parte demandante luego de desistir de la mayoría de recobros (Fol. 636 a 640), por lo que se procede a confirmar la decisión.

Prescripción

Al respecto, considera la Sala que el cobro y la ejecución de dichas obligaciones derivadas de la prestación de servicios de salud, debe estudiarse de conformidad con las disposiciones laborales y de seguridad social pertinentes, y no bajo los postulados comerciales o civiles, pues aquellos están llamados a regular otro tipo de relaciones entre los particulares, pero no entre entidades del sistema de seguridad social, razón por la que, al existir norma especial como lo es el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S., y artículo 488 del C.S.T, que establece el término trienal en materia laboral y de la seguridad, resulta imperiosa su aplicación, tal como acertadamente lo estimó el a quo.

En ese sentido, y para mejor proveer, se tiene que la demanda se presentó el 17 de julio de 2013 (Fol. 49), lo que daría lugar en línea de principio a considerar que estarían afectas por la prescripción los recobros presentados con anterioridad al 17 de julio de 2010; empero, encuentra la Sala que entre los recobros objeto de condena ninguno tiene como fecha de prestación de los servicios con anterioridad a esa calenda, pues el más antiguo data del 28 de diciembre de 2010.

En ese sentido, considera la Sala que el ADRES debe reconocer los recobros efectuados por COLSANITAS, ya que se reclamaron en el término trienal, y además se encuentran acreditados los presupuestos que dan lugar a su pago, en tanto no solo se aportó la factura, sino que se acreditó la prestación del servicio, con los soportes respectivos, en ese orden, hay lugar a impartir la condena por el valor impuesto por el a quo, conforme la relación precedente y las consideraciones aquí vertidas.

Intereses moratorios

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

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

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

En el sub examine, lo primero que viene a propósito colegir es que los 37 recobros fueron presentados dentro de los 12 meses siguientes a la prestación del servicio (Fols. 576 a 592), y en cuanto a su causación, debe tenerse en cuenta que en efecto la glosa "*Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios*", no tiene fundamentación objetiva, y ello se logra extraer del dictamen rendido en la presente diligencia, quien fue enfático en manifestar que "*la documentación que estaba bastante clara, que le permitía a uno **analizar fácilmente** este caso pues únicamente resumí a 37 recobros*".

Además, la defensa solo se limitó a sustentar su posición en que los medicamentos tenían el principio activo que sí se encontraba en el POS, pero olvida que una cosa es el medicamento en concreto y otra el principio activo, pues hay medicamentos que por su composición farmacológica a pesar de tener el mismo principio activo no hace parte del POS, y por ello los usuarios del servicio recurren a la vía de tutela para su autorización, como acontece en la tutela T-299 de 2007 atrás referida.

En orden a lo anterior, se confirmará la decisión de instancia ordenando los intereses moratorios desde la presentación de la cuenta de cobro de conformidad con en el artículo 7º del Decreto-ley 1281 de 2002.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del ADRES y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

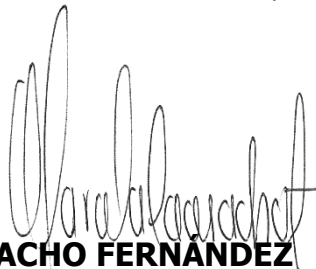
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2019, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las consideraciones atrás vertidas.

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

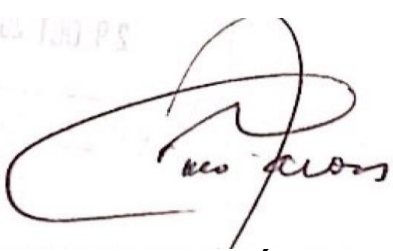
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

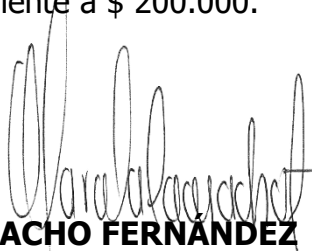


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo del ADRES, el equivalente a \$ 200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **EPS SANITAS S.A.**
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES.**
RADICACIÓN: **110013105-016-2015-00453-02**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **RECOBRO FACTURAS DE SALUD**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MATALIA AGUIRRE FLOREZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta del ADRES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La EPS SANITAS S.A. y COLSANITAS S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL al pago de \$591.271.105 por concepto de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios NO POS, la indemnización por daño emergente en la suma de \$59.127.110, los intereses moratorios, subsidiariamente la actualización, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la EPS SANITAS S.A. autorizó y cubrió el suministro y/o la prestación de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios no incluidos entre los beneficios del Plan Obligatorio de Salud – POS, como consecuencia de ordenes tomadas en decisiones de acciones de tutela y de autorizaciones del CT a favor de diferentes usuarios; que la EPS SANITAS S.A. elevó reclamación ante el FOSYGA, hoy ADRES, presentando un total de 342 recobros, que se discriminan en 375 ítems, junto con los correspondientes soportes; que el FOSYGA glosó los recobros aduciendo las siguientes causales: *"solicitud de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto – ley 1281 de 2002, los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA, y como consecuencia del acta del CTC o fallo de tutela se incluyen*

prestaciones contenidas en los planes de beneficios”; que los derechos económicos representados en los 342 recobros, que se discrimina en 375 ítems, corresponden a \$591.271.105; que con la negativa del Fosyga en cancelar los recobros se puso fin a la actuación administrativa; que las demandadas se han visto obligadas a desplegar unos gastos de índole administrativos adicionales que no debía soportar y no se encontraban contenidos dentro de los presupuestos técnico- financieros de la UPC; que el 24 de noviembre de 2012 la EPS SANITAS S.A. cedió irrevocablemente a favor de COLSANITAS S.A. los derechos de crédito a su favor denominado “cuentas por cobrar”.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 520 a 521); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de ADRES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que, el no pago de los recobros objeto de la demanda se da a raíz del incumplimiento por parte de la EPS demandante de los requisitos esenciales para presentar las solicitudes de recobro ante el FOSYGA, ello debido a que en el trámite de auditoría integral, medica, jurídica y financiera, a los recobros le fueron impuestas glosas que la demandante no logró subsanar, impidiendo así el reconocimiento y pago de los mismos; que el trámite de recobro debe ser adelantado por cada EPS, por lo que no se debe tener en cuenta la cesión de derechos a Colsanitas S.A.; se opone a los intereses moratorios por no estar previstos legalmente. Como excepciones de mérito rotuló las de culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, e improcedencia del pago de los intereses moratorios. (Fols. 523 a 537).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró infundadas las glosas impuestas por la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, respecto de los 246 recobros presentados por la EPS SANITAS; condenó al ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS S.A., la suma de \$446.511.327,74, por concepto de recobros que se consideran viables o procedentes para su pago, los cuales se pagaran debidamente indexados desde la fecha de radicación de las facturas de recobros y hasta el momento de su pago efectivo; declaró probada parcialmente la excepción de improcedencia del pago de intereses moratorios y no probadas las demás; absolvió de las demás pretensiones, y condenó en costas al ADRES. (fol. 910 a 912 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que de los 246 recobros glosados, se avizoraron las siguientes causales de glosas invocadas: *“103 - Los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA, 403 - Como consecuencia del Acta del CTC o fallo de Tutela, se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios salvo el recobro 53556541 que contiene glosa combinada, es decir, 101 - solicitud de recobro presentada formas temporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 y 103 - los valores objeto, recobró ya han sido pagados por el FOSYGA”,* con lo cual, teniendo en cuenta la normatividad y la prueba técnica de dictamen pericial, *“el caso en estudio se evidencia entonces que de las 246 cuentas, que corresponde a 263 ítems de recobro que pretende la parte actora, conforme a los medios magnéticos, que militan en el expediente, en especial la base actualizada, se acredita los soportes de trámite previsto en la resolución 3099 de 2008 y en la resolución 5395 de 2013, en las 246 cuentas, las cuales conforme al concepto*

técnico, el dictamen pericial que se acoge en estas consideraciones, pues no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud de conformidad con la normatividad vigente”.

Que una vez revisado el material probatorio en contraste con el dictamen pericial y lo dicho por el perito, se concluye que en relación con la tecnología, medicamento o servicio prestado no hacían parte integral de los planes obligatorios de salud al momento de la prestación del servicio, y tampoco habían sido pagados por el Fosyga mediante o con cargo a la unidad de pago por capitación, es decir, que no correspondían efectivamente a la glosa 103 y 403.

Que la entidad demandada arrió una documental a folio 634 en la que se determinaron unas nuevas glosas; sin embargo, adujo que no era materia de discusión la efectiva prestación de los servicios de salud en las cuentas de cobro, y además que las nuevas glosas no fueron materia de discusión y ya se encuentran excluidas del proceso por desistimiento parcial, por lo que, *“al no exponer motivos concretos de inconformidad, la ADRES frente a los recobros con glosas inicialmente impuestas, 103, 403 y 101, y de las cuales no se probó que tuvieran una nueva auditoría, que diera lugar a glosas diferentes a las advertidas inicialmente, el pago si procede por la vía judicial”.*

Que en lo respectivo al recbro 53556541 que contiene glosa combinada, 101 y 103, manifestó que frente al tema de la extemporaneidad resulta procedente su reconocimiento, pues no se ha extinguido el derecho a saldar la deuda por aquellos servicios efectivamente prestados.

En cuanto a la excepción de prescripción manifestó que debe tenerse en cuenta el término trienal establecido en el artículo 488 del CST, y las disposiciones del artículo 6 del CPTSS, esto es, el lapso en el cual debía elevarse la reclamación, si esta fue resuelta o no, y en caso afirmativo el tiempo transcurrido entre la respuesta y la presentación de la demanda, en ese sentido, frente al caso concreto dijo que se evidenciaba la respuesta a los formatos MYT04, los cuales acontecieron el 7 de junio de 2013, 7 de agosto de 2013, 28 de julio de 2013, 4 de septiembre de 2014, 12 de septiembre y 19 de septiembre de 2013, 25 de febrero, 25 de octubre y 25 de noviembre de 2013, 25 de febrero de 2013 y 24 de enero de 2014, fecha a partir de la cual comenzó a correr el término para presentar la demanda, mismo que aconteció el 26 de marzo de 2015, y por ello, no operó el fenómeno prescriptivo. Igualmente, tampoco hay lugar a prohiar la interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda de que trata el artículo 94 del CGP, dado que la demanda fue admitida el 2 de mayo de 2017, y fue notificada al 11 de mayo del mismo año.

Conforme lo expuesto, condenó a la entidad demandada por concepto de recobros en servicios de salud al valor de \$446.511.327,74.

Frente a los intereses moratorios, preciso que los mismos no se generan, ya que en el caso concreto, el tema de las glosas no se trató de un aspecto o situación de clara determinación, y si bien se acogió el dictamen que a la postre llevó a darle prosperidad a los recobros, no encuentra el juzgado un actuar de mala fe o desprovisto de toda argumentación técnica por parte de la Nación en su momento, por lo que no hay prosperidad de los mismos, ordenando de manera subsidiaria la indexación cuyo objetivo es paliar el fenómeno inflacionario y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ordenándose en el caso concreto la indexación de los

recobros a partir de la fecha de reclamación hasta el momento en que se haga el pago del capital correspondiente.

Finalmente, frente a los gastos administrativos en que incurrió la parte demandante y que solicita sean pagados, manifestó que no existe sustento legal para tal pedimento, además que tampoco se encuentra acreditado el daño en punto de su existencia y cuantía alegados.

Declaró probada la excepción de improcedencia del pago de intereses moratorios, y no probadas las demás. Finalmente, gravó en costas a la entidad demandada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por las partes procesales, así:

5.1 SANITAS EPS.: Insiste en que debe imponerse a cargo de la parte demandada, el reconocimiento de los intereses moratorios, ya que de conformidad con el Decreto 1281 de 2002 estos se generan por el incumplimiento de los plazos previstos para el pago y giro de los recursos de que trata aquel decreto; que su finalidad es disuasiva ante los retrasos injustificados; que los recobros que fueron presentados ante la demandada y que son no POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN; que al darse un detrimento del patrimonio de mi representada por la injustificada imputación de glosas que se le hizo a los recobros que aquí han sido reconocidos, se debe reconocer los intereses de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

5.2. ADRESS.: Interpuso la alzada a fin de que se revoque la decisión de instancia, ya que no se tuvieron en cuenta los argumentos expuestos por la demandada, teniendo en cuenta que conforme a los medios de prueba aportados se evidenció el incumplimiento en algunos de los requisitos previstos por la ley o el reglamento que da como resultado la aplicación de la respectiva glosa, demostrándose de este modo que los recobros objeto de litis desconocen los requisitos previstos para su presentación al trámite de auditoría; que los recursos solicitados por la EPS Sanitas y que presentaron glosas ya fueron cancelados, en el entendido que los servicios médicos y sus procedimientos se encuentran incluidos en el POS, siendo un claro ejemplo, las imágenes aportadas al despacho y relacionadas con el apoyo técnico que acompañaron con la contestación de la demanda, mediante las cuales se evidencia en primera medida que si bien la EPS solicita el reconocimiento y pago de recobro por servicios como la Lobectomía Segmentaria (recobros 56438067 56508074), estas se encuentran contenidas en el anexo número 01 del acuerdo 029 del 2011; que las glosas impuestas cuando por consecuencia del Acta del Comité Técnico Científico o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficio, tiene asidero en el artículo 18, literal c) de la Resolución 3099 de 2008, siendo preciso señalar que se debe englobar todos aquellos recursos que verse sobre beneficios, intervenciones, procedimientos, medicamentos y servicios en general, que se encontraban incluidos en el plan obligatorio de salud, es decir, pese a que hubiese sido ordenado por fallos de tutela o autorizados por el CTC, al tratarse de beneficios incluidos en dicho plan, ya habían sido financiados y le habían sido reconocido a la respectiva EPS Sanitas mediante el pago de la correspondiente UPC o unidad de pago por capitación; que los servicios facturados y Recobrados ya fueron reconocidos por la UPC en su momento, teniendo en cuenta inclusive las notas externas expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social; que la EPS debía agotar el trámite establecido en la Resolución 3099 de 2008, pero que pretende la

EPS es desconocer dicho trámite y obtener un doble pago, en detrimento de los recursos del sistema de Seguridad Social en Salud; que conforme el apoyo técnico aportado por la demandada se nota que varios recobros cruzaron en la base de datos que utiliza la Fiscalía General de la Nación para la validación de los formatos MYT01 y MYT02, y, a modo de ejemplo, se citan 5809498, 54647980 y 54648000, 54650547, 54651341, entre otros, los cuales no podían desconocer el despacho al adoptar una decisión de fondo por cuanto debía tenerse en cuenta que sobre estos recobros versan investigaciones en las cuales se pone en riesgo el flujo y la destinación de los respectivos recursos; que la EPS tuvo la oportunidad de presentar la solicitud de recobro a través de los mecanismos previstos en su momento por el Ministerio de Salud y Protección Social, situación que, si bien ocurrió, como se observa en el apoyo técnico, hoja radicado excepcional, la EPS no cumplió con los requisitos establecidos ni tampoco subsanó las glosas impuestas; que se evidencia que las prestaciones de servicio, tecnología y salud, cuyo pago pretende obtener la entidad recobrante, ya estaban incluidos en el plan de beneficios de salud vigente para la época de la prestación; que debe estudiarse el fenómeno jurídico de la prescripción conforme se evidencia del apoyo técnico, ya que la fecha de prestación del servicio data de entre los años 2009 al 2013, de acuerdo con la pestaña detalle columna A-H y haberse presentado la demanda hasta el 24/05/2015, han pasado más de 2 años después de la notificación del resultado de auditoría y 3 desde la prestación de servicio; que no debe operar la indexación desde la prestación del servicios, sino desde la ejecutoria de la sentencia, ya que su exigibilidad devendría del fallo judicial, lo que aplica igualmente para los intereses moratorios en caso de imponer condena por este aspecto, además que la simple presentación ante el ente auditor no genera en modo alguno obligaciones de pago.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 ADRES. Peticiona que se absuelva a la entidad de la condena impuesta, dado que los recobros se encuentran cubiertos por el POS, además que no se tiene en cuenta que algunas glosas tienen investigación, en las cuales se pone en riesgo el uso, flujo y destinación de los recursos; que algunos recobros se encuentran prescritos.

6.2 SANITAS EPS: Solicita que se imponga los intereses moratorios de que trata el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, así como los gastos administrativos.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor del ADRES en lo que haya sido desfavorable y no haya sido apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

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

Prestación de servicios de salud

Ab initio, la Sala encuentra necesario precisar que, si bien mediante proveído APL1531-2018 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al dirimir un conflicto de competencia, en un asunto de similares contornos al que aquí concita, referente a recobros de servicios de salud no incluidos en el POS, donde concluyó que: *"Tal circunstancia obliga a considerar que el examen de competencia del presente asunto corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*, lo cierto es que, en el sub examine el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria al resolver el conflicto de competencia entre el Juzgado Treinta y Siete Administrativo de Oralidad de Bogotá, y el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, asignó el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral en cabeza del referido Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá (Fols. 1 a 10 Cuaderno Conflicto de Competencia).

Así mismo, la Corte Constitucional mediante Auto 389-2021 definió que *"la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*; no obstante, tal decisión data del 22 de julio de 2021, fecha para la cual, en el sub examine ya se había definido la competencia en la jurisdicción ordinaria laboral por parte del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria **(14 de octubre de 2015)**.

Por lo tanto, precisado lo anterior, procede la Sala a conocer de este proceso, y a darle solución a los problemas jurídicos planteados.

MARCO LEGAL PARA EL COBRO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD - CASO CONCRETO

Respecto de las relaciones surgidas entre entidades pagadoras y prestadoras de servicios de salud o asistenciales en lo atinente a los contratos de prestación de servicios, al trámite de glosas, al reconocimiento y pago de los servicios prestados de conformidad con el mecanismo de pago que se adopte, hoy se encuentran reguladas por el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el parágrafo del artículo 50 y los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, el Decreto 4747 de 2007, y las Resoluciones 3047 de 2008, 416 y 3253 de 2009. Cumple puntualizar que a partir del 19 de enero de 2011, el trámite descrito para pago de facturas a prestadores y glosas cambió, según lo dispuesto por la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El Decreto 4747 de 2007, por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo y se dictan otras disposiciones, define que para efectos de los cobros de dichos servicios se entiende que los prestadores de aquellos son las IPS y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestarlos y que se encuentran habilitados, incluidos los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados, y de otro lado, entidades

responsables del pago de dichos servicios, las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales (artículo 3º., literales a) y b)).

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

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

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

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

En este orden de ideas, advierte la Sala que esa normativa preferente y especial no estatuye de manera categórica el requisito de la aceptación para que la factura de venta de los servicios de salud o el documento equivalente incorpore la obligación que se cobra, dado que legalmente se consagra que a partir de la radicación de tales documentos por los prestadores de servicios de salud ante las Entidades Promotoras de Salud correspondientes o ante la institución obligada al pago, que incluso pueden enviarse a través de correo certificado, se entienden recibidos para el respectivo trámite y posterior pago, el cual debe efectuarse en los términos establecidos en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y que en el evento de que no sean objetados o glosados, o que se subsanen las glosas, también en los términos estatuidos por el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, se deberá efectuar la cancelación, y de no ser así, emerge una obligación insoluble a cargo de la entidad obligada al pago por los servicios de salud prestados.

Igualmente, valga la pena traer a colación lo discurrido en la sentencia SL1227-2021, en la que esgrime la normatividad aplicable en esta materia, indicando inicialmente que de conformidad con el artículo 218 y 219 de la ley 100 de 1993 el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, hoy ADRES (Ley 1753 de 2015), cuenta con 4 subcuentas independientes, entre estas, la que conlleva a asumir los riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

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

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

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

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

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

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que los argumentos expuestos por la apoderada judicial del ADRES están llamados al fracaso, pues se limitó a repetir los argumentos de defensa planteados en la contestación de la demanda y alegatos de conclusión, sin referirse de manera concreta, particular o específica a las consideraciones de la sentencia, pues nótese que refiere a aspectos formales del trámite administrativo del recobro de servicios de salud, sin tener en cuenta que se está acudiendo a la vía judicial en la medida en que no fue posible el reconocimiento y pago a través de la vía administrativa, y por lo tanto, tal como lo determinó el a quo, lo único que debe entrarse a verificar es si se encuentra acreditada la factura, la prestación del servicio y el trámite general para el recobro, esto es, por ejemplo si las glosas estuvieron fundadas o no, pero se itera, en este estadio judicial, poco o nada interesa el aspecto formal de sí el formato de reclamación se diligenció correctamente o no, máxime que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 es claro en disponer que la entidad obligada al pago, *"no podrá condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios"*, lo que significa que la

demostración efectiva de la prestación del servicio es lo que verdaderamente interesa en la litis, pues ello determinará si hay lugar al reembolso de los gastos sufragados por la EPS, con la finalidad de no afectar a los actores del sistema general de seguridad social, y de paso, garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población en general (Decreto 1281 de 2002).

Esgrime la entidad demandada que las glosas impuestas son fundadas y que por ello no hay lugar a proferir condena; no obstante, lo primero que debe colegir la Sala al respecto, es que el juez primigenio ordenó realizar un dictamen pericial, que fue rendido el 26 de julio de 2021 (Fol. 891 Cd-Pag. 1 a 264), en el que se detalla de manera sucinta la explicación de cada una de las glosas impuestas, en particular la codificada con 1-01 (solicitud de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto – ley 1281 de 2002), 1-03 (Los valores objeto de recobro ya habían sido pagados por el Fosyga) y 4-03 (Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios), mismo que la parte demandada tuvo la oportunidad de contradecir, derecho que ejerció solicitando la comparecencia del perito a la audiencia, llevándose a cabo tal diligencia el 9 de junio de 2021 (Fol. 850 a 851 con Cd de audiencia), y el 9 de agosto de 2021 (Fols. 903 a 904 con Cd de audiencia), y en la que, respecto de los recobros 56438067 y 56508074 a que alude la demandada en la alzada, manifestó que una cosa es la “lobectomía segmentaria”, la cual está incluida en el POS, y otra cosa muy diferente es la vía escogida o la tecnología recobrada, tal como sucedió en el recobro 56438067 donde se realizó una lobectomía por toracoscopia, pues aquella no está incluida en el POS de conformidad con la nota externa 83073 No 138.

En efecto, una vez consultada la nota externa 83073 emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se encuentra que la lobectomía por toracoscopia, no se encuentra incluida en el POS.

138	LOBECTOMÍA PULMONAR PARCIAL O SEGMENTARIA POR TORACOSCOPIA CON O SIN VIDEO	Lobectomía pulmonar parcial o segmentaria por toracoscopia con o sin video	NO POS	NO POS	NO POS
-----	--	--	--------	--------	--------

Lo mismo acontece con el recobro 56508074, precisando la Sala que la parte demandada no logra derruir el dictamen emitido por el doctor Fernando Quintero Bohórquez, y por el contrario, solo se limitó a esgrimir como argumento de defensa que el Equipo Técnico del ADRES emitió nuevas glosas y que algunos recobros no cruzaron la base de datos de la Fiscalía.

Al respecto, obra a folio 632 a 634 con Cd anexo, el mentado informe del Equipo Técnico del ADRES, mismo que también (el cual fue) fue tenido en cuenta en el dictamen emitido por el doctor Fernando Quintero Bohórquez, y en el cual se enumeran una serie de glosas diferentes a las que son objeto de discusión o que no fueron planteadas inicialmente en los recobros aquí estudiados, como por ejemplo *"cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes"*, no conformidad respecto de la cual nada se explica en el concepto técnico, siendo solo una glosa general que no hay lugar a tenerse en cuenta en el presente proceso, pues en todo caso no hay lugar a negar el recobro con *"requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios"*, presupuestos que si se encuentran debidamente detallados en el dictamen que reposa en el proceso y además no son objeto de discusión, pues la inconformidad

giró en torno a haberse presentado los recobros de las facturas de manera extemporánea o por estar en el POS o en el plan de beneficios.

Sobre las glosas que refieren extemporaneidad, cumple precisar que el hecho de que la EPS no haya reclamado en los plazos que administrativamente prevé la norma, no significa que pierda el derecho a reclamarlos por la vía judicial, y por eso, tales glosas pueden ser objeto de recobro a través de la presente acción.

En ese orden, de la revisión de cada uno de los recobros que se evidencian en el dictamen y con fundamento en la facturas adosadas al expediente, se constata algunas glosas se encuentran justificadas y por ello no pueden ser objeto de recobro, como a continuación se detalla:

1-03 Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	242	17	259	Glosa bien aplicada a 17 Recobros: 50478237, 53678210, 53836485, 53839139, 53839187, 54400208, 54421647, 54650584, 54651389, 54768403, 54964436, 51454719, 56438479, 55022654, 55064314, 51454665, 54715551
4-03 Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios	64	52	116	Glosa bien aplicada a 51 Items, que corresponden a 39 Recobros: 48903486, 48903259, 24791469, 50106231, 54158369, 49915382, 49917241, 47713535, 47719082, 54964323, 47719322, 47721960, 47721970, 48297805, 48379285, 48383620, 48672608, 48672385, 48672448, 48724669, 48719391, 49408400, 49438348, 49438364, 51045853, 25746548, 49359147, 49359680, 48923110, 48923364, 49039154, 52935330, 53046181, 53118889, 53226870, 53838941, 53860014, 54378773, 49064425
TOTAL GENERAL	306	70	376	

Así las cosas, de las glosas generadas por la causal de estar incluido el procedimiento tecnológico o médico en el POS se generó un total de \$591.271.105,56, del cual debe excluirse los recobros desistidos por la entidad demandante que corresponden a 47, como se detalla a folio 555 a 557 y las que según el dictamen se encuentran incluidas en el POS. De esta manera se obtiene un total de \$446.486.583,74, valor similar al ordenado por el a quo, con una ínfima diferencia de \$24.743, teniendo en cuenta que el valor condenado en primera instancia fue de \$446.511.327,7, y en ese orden se modificará la decisión.

En este punto es necesario precisar que la tabla que anexó el juzgado de origen contiene la relación de los conceptos POS y no POS, pero para mayor precisión de los conceptos que deben ser objeto de pago por parte de la entidad demandada se anexa a la presente sentencia, para que haga parte integral de la misma, la tabla donde se encuentran incluidos los conceptos que arrojaron el valor aquí condenado de \$446.486.583,74, es decir, solo la relación de los conceptos NO POS, sin incluir los desistidos, ni los que conforme el dictamen se encontró justificada la glosa.

Prescripción

Alega la demandada en la sustentación del recurso que yerra el *a quo* al no aplicar al *sub lite*, el término prescriptivo de dos años, sin especificar bajo que normatividad se ampara la determinación. Al respecto, considera la Sala que el cobro y la ejecución de dichas obligaciones derivadas de la prestación de servicios de salud, debe estudiarse de conformidad con las disposiciones laborales y de seguridad social pertinentes, y no bajo los postulados comerciales o civiles, pues aquellos están llamados a regular otro tipo de relaciones entre los particulares, pero no entre entidades del sistema de seguridad social, razón por la que, al existir norma especial como lo es el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S., y artículo 488 del C.S.T, que establece el término trienal en materia laboral y de la seguridad, resulta imperiosa su aplicación, tal como acertadamente lo estimó el a quo.

En ese sentido, y para mejor proveer, se tiene que la demanda se presentó el 26 de marzo de 2015 (Fol. 301), lo que daría lugar en línea de principio a considerar que estarían afectas por la prescripción los recobros presentados con anterioridad al 26 de marzo de 2012; empero, encuentra la Sala que entre los recobros objeto de condena hay 45 recobros cuya fecha de prestación de los servicios ocurrió con anterioridad a esa calenda, lo que lleva a verificar si se interrumpió la prescripción una vez la obligación se hizo exigible, ello de conformidad con el artículo 6 del CPTSS, encontrándose lo siguiente:

Radicado Fosyga	Fecha Prestación Servicio	Reclamación	respuesta
25791929	12/02/2012	13/06/2013	19/11/2013
49245606	10/11/2009	14/10/2011	20/09/2012
50108542	29/10/2011	14/02/2012	17/07/2012
50438633	19/12/2011	15/03/2012	17/07/2012
50438634	19/12/2011	15/03/2012	17/07/2012
50435386	6/12/2011	15/03/2012	17/07/2012
50435387	4/11/2011	15/03/2012	17/07/2012
50435388	16/12/2011	15/03/2012	17/07/2012
50435428	8/11/2011	15/03/2012	17/07/2012
50440226	14/09/2011	15/03/2012	17/07/2012
50440230	20/09/2011	15/03/2012	17/07/2012
25338112	20/03/2012	15/11/2012	.
54963994	13/03/2012	13/06/2013	19/11/2013
53075988	5/11/2011	7/12/2012	.
53075988	5/11/2011	7/12/2012	.
47719722	25/03/2011	15/05/2011	14/02/2013
47719722	25/03/2011	15/05/2011	14/02/2013
54998662	6/01/2012	13/06/2013	19/11/2013
55376252	13/06/2011	13/06/2011	15/07/2013
50846132	14/12/2011	4/05/2012	20/10/2012
51045535	27/10/2011	15/05/2012	20/10/2012
51050665	28/07/2011	15/05/2012	20/10/2012
51170856	24/12/2011	5/06/2012	20/11/2012
51170859	15/11/2011	5/06/2012	20/11/2012
51170866	30/11/2011	5/06/2012	20/11/2012
24990771	22/04/2009	7/06/2012	20/11/2012
51128681	11/01/2012	4/06/2012	20/11/2012
25746392	8/08/2011	15/05/2013	18/10/2013
51543116	22/03/2012	11/07/2012	16/01/2013
51596819	2/02/2012	13/07/2012	16/01/2013
51596926	30/03/2012	13/07/2012	16/01/2013
51596954	21/03/2012	13/07/2012	16/01/2013
51596959	23/03/2012	13/07/2012	16/01/2013
51596982	15/03/2012	13/07/2012	16/01/2013
51454782	16/02/2012	3/07/2012	16/01/2013
51493629	3/03/2012	6/07/2012	16/01/2013
51493661	27/02/2012	6/07/2012	16/01/2013
24551534	29/03/2011	14/10/2011	20/09/2012
25047327	3/02/2012	3/07/2012	16/01/2013

51792524	22/02/2012	15/08/2012	18/02/2013
52300482	15/12/2011	17/09/2012	18/02/2013
53131505	6/01/2012	12/12/2012	16/05/2013
53154273	6/01/2012	12/12/2012	16/05/2013
53291691	9/01/2012	17/12/2012	16/05/2013
53556541	3/11/2011	15/01/2013	17/06/2013

De esta manera se evidencia que ningún recobro se encuentra afectado por la prescripción, dado que, si bien la prestación del servicio fue antes del 26 de marzo de 2012, su reclamación se efectuó sin superar el término trienal, y la fecha de la respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 26 de marzo de 2015 tampoco transcurrieron los 3 años de que trata el artículo 151 del CSTSS, y en ese sentido, tales recobros pueden ser objeto de condena.

En ese sentido, considera la Sala que el ADRES debe reconocer los recobros efectuados por SANITAS EPS, ya que se reclamaron en el término trienal, y además se encuentran acreditados los presupuestos que dan lugar a su pago, en tanto no solo se aportó la factura, sino que se acreditó la prestación del servicio, con los soportes respectivos, en ese orden, hay lugar a impartir la condena por valor de **\$446.486.583,74**, y no de **\$446.511.327,7**, conforme la relación precedente y las consideraciones aquí vertidas.

INTERESES MORATORIOS

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

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

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

Pese a su procedencia en el ámbito del proceso judicial, en la presente Litis no hay lugar a condenar al ADRES por dicho concepto, dado que las glosas que inicialmente

propuso el ADRES no fueron del todo infundadas, pues solo a través del proceso judicial y con el experticia traída al legajo se pudo constatar que algunos conceptos cuyo valor fue reclamado si se encontraban dentro del POS, y otros, a pesar de no estar incluidos en el POS su delimitación resultó ser controversial, ya que la gran mayoría se trata de procedimientos tecnológicos y médicos que dada su especialidad solo con el dictamen y la explicación del perito se logró concretar si procedía o no a su recobro, en tal orden, considera la Sala que no hay lugar a ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios pedidos por la activa, debiéndose confirmar la decisión de instancia.

Indexación

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

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

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá el ADRES cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de recobros **(\$446.486.583,14)** debidamente indexadas, actualización que en línea de principio opera a partir de la prestación del servicio, data en la que se hizo exigible la obligación y se empieza a producir la devaluación o pérdida del poder adquisitivo del dinero producto del recobro; no obstante, como el a quo ordenó la indexación desde la fecha de reclamación de cada uno de los recobros, y tal punto no fue objeto de disenso por la parte demandante, se deberá confirmar la decisión de instancia, sin que sea procedente la alzada referida por la entidad demandada respecto a que aquella opera a partir de la ejecutoria de la sentencia, dado que como se dijo, la devaluación del dinero producto del recobro se genera después de la prestación del servicio. Así las cosas, la indexación que va desde la fecha en que se hizo la reclamación según la tabla anexa para cada recobro y hasta cuando se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el monto condenado por recobros, impartíendose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia ya que ambas partes fueron recurrentes y no les prosperó el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

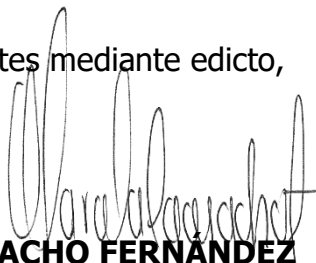
PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES, al pago a favor de la parte actora la EPS SANITAS S.A., la suma de **\$446.486.583,74**, por concepto los recobros que se consideran viables o procedente su pago, de acuerdo con las consideraciones atrás vertidas".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

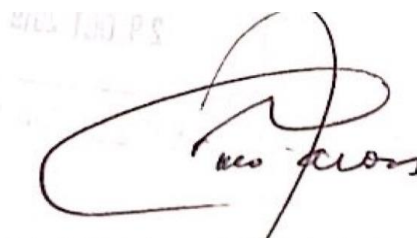
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BELMER MARTÍN TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 11001310500920200040601.
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor BELMER MARTÍN TORRES a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual promovido por PROTECCIÓN S.A., como la posterior afiliación a COLFONDOS S.A.; que en el evento de no proceder la nulidad se declare la ineficacia del traslado realizada a PROTECCIÓN y COLFONDOS; que se condene a COLFONDOS S.A. a la devolución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES sin descontar comisiones por manejo de cuenta, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos facticos de sus pretensiones señaló que nació el 10 de noviembre de 1964; que se afilió el 14 de mayo de 1991 al ISS; que el 25 de mayo de 1995 suscribió el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.; que no recibió ninguna asesoría por parte de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.; que el 26 de febrero de 1999 suscribió una afiliación a la AFP COLFONDOS, haciendo efectivo el cambio el 1 de abril de 1999; que no recibió la asesoría que requería para tomar una decisión libre y consciente por parte de la AFP COLFONDOS; que el 21 de mayo de 2020 solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, pero le fue negado el 26 de mayo de 2020; que solicitó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad de la afiliación, sin embargo, el 23 de julio de 2020 le fue negada; que el 18 de mayo de 2020 elevó petición ante COLFONDOS solicitando la nulidad de la afiliación, el cual fue negada el 22 de mayo de 2020; que el 18 de mayo de 2020 solicitó ante COLFONDOS una simulación pensional, el cual fue atendido el 22 de mayo de 2020, aduciendo que al cumplir los 62 años su monto en el RAIS ascendería a \$1.809.635, a pesar de que el IBL de los últimos 10 años que es de \$5.614.875,69 (pág. 156 a 182)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág. 186); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones sosteniendo que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue de manera voluntaria ejerciendo su libre escogencia al régimen; que el demandante obró con negligencia respecto a consultar su situación pensional; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del traslado señalada en la ley 797 de 2003; que COLPENSIONES siempre actuó con total observancia de la normatividad vigente sobre el tema; que COLPENSIONES siempre ha atendido de manera oportuna los requerimientos administrativos solicitados por el demandante. **Como excepciones de fondo** rotuló las de imposibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; la responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; la innominada o genérica. (Pág. 435 a 459).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones sosteniendo que la afiliación es un acto existente, válido y libre de vicios del consentimiento así como también libre de cualquier fuerza para realizarlo; que el demandante sí contó con la suficiente ilustración para que la manifestación de su voluntad fuera totalmente válida y libre de engaños; que el procedimiento para la afiliación se verificó en los términos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que el demandante no puede soportar una pretensión de declaratoria de ineficacia basándose en expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez. **Como excepciones de mérito** propuso 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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; traslado de los aportes a otra administradora; y la innominada. (Pág. 885 a 909).

3.3. AFP COLFONDOS S.A. Contestó la demanda aceptando las pretensiones y consecuencia de ello no propone excepción alguna. Se limitó a indicar su oposición a la condena en costas y al fallo ultra y extra petita. (Pág. 426 a 433).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta ahorro individual del demandante; condenar a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. los valores que fueron trasladados y abonarlos en el fondo común, convalidando

en la historia laboral las semanas correspondientes. Finalmente, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

La decisión del juez encontró sustento en la ley 100 de 1993, la ley 1564 de 2012 y el Decreto 663 de 1993; así como también las sentencias SL 688 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 4426 de 2019, SL 2877 2020, SL 1217 de 2021, SL 1467 2021, SL 2209 2021, y SL 2601 2021, en donde principalmente consideró (i) que existe un deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones que ha sido exigible desde el inicio y que con el tiempo ha aumentado el nivel de rigurosidad del mismo, requisito fundamental puesto que se entenderá ineficaz si no se cuenta con el mismo (ii) que la manifestación libre y voluntaria de la afiliación solo se alcanza cuando se tienen plenamente claras las consecuencias de la decisión (iii) que estas administradoras deben ofrecer la información necesaria para que el afiliado tenga presentes estas consecuencias, entendiendo este concepto como describir las características principales de cada uno de los regímenes pensionales donde se incluye la necesidad de establecer las ventajas y desventajas objetivas entre el sistema público y privado (iv) que de acuerdo a la carga de la prueba, le corresponde a la administradora probar que se brindó la información suficiente para acreditar la información plenamente recibida por parte del afiliado sin importar la calidad que este ostente frente a la entidad (v) que en el caso en concreto y de acuerdo al acervo probatorio allegado, se encontró que al momento de realizar el traslado al RAIS no se indicó a la demandante las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas de pensión, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado (vi) que al momento de realizar el traslado no se informó de los riesgos de esta decisión (vii) que las demandadas deberán asumir la ineficacia de la afiliación reintegrando los valores recibidos a título de comisiones y administración de acuerdo a la jurisprudencia nacional.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1 COLPENSIONES. Solicitó que se revoque en su integridad la sentencia, debido a que en el expediente no obró prueba alguna que demostrara algún vicio del consentimiento ya se por error, fuerza o dolo; que sostiene un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la administradora; que se obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista una menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante; que existe un deber recíproco en este tipo de actos en donde el afiliado tiene el deber de asesorarse de acuerdo al artículo 4 del Decreto 2241 de 2010; que se entiende que el silencio en el transcurso del tiempo reafirma su decisión consciente de permanencia en el régimen seleccionado; que el afiliado no es exonerado del deber de informarse dado que cuenta con la capacidad suficiente de celebrar estos negocios de los cuales dependerá su pensión a futuro; que se deben contar 4 años para que el afiliado solicite la rescisión del acto jurídico; que de acuerdo a la jurisprudencia nacional se considera que el formulario de afiliación es prueba fidedigna de la decisión de afiliarse puesto que allí consigna la constancia de haber recibido la información necesaria para el traslado; que la inconformidad en el monto pensional comparado entre los dos regímenes significaría un eventual traslado de los valores, los cuales afectarían gravemente el régimen de prima media.

5.2 PROTECCIÓN S.A. Solicita se revoque la sentencia sosteniendo que la Comisión de Administración y la prima de seguros previsionales son descuentos autorizados a través del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que la condena ordenada a PROTECCIÓN S.A. de devolver los gastos de administración está constituyendo un enriquecimiento

sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que va a recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante; que se estaría trasladando todos los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión realizada por Protección, por lo que la misma tiene el derecho a conservar esta comisión como restitución mutua; que solo es procedente devolver los rendimientos generados y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; que los gastos de administración se generaron por la gestión de administración realizada por Protección; que la condena afectaría directamente al patrimonio de PROTECCIÓN; que opera el fenómeno jurídico de la prescripción pues obedecen a descuentos periódicos que impone la norma y no financia la pensión de vejez.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, ya que esta se presentó de manera libre y voluntaria, además que lleva más de quince años sin haber manifestado inconformidad.

6.2 Demandante.: Peticiona que se confirme la decisión de primer grado, en la medida en que la AFP del RAIS no demostró haber suministrado la información exigida por la jurisprudencia en estos casos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento:

error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor BELMER MARTÍN TORRES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de mayo de 1991, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 859); que el 25 de mayo de 1995 se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (Fol. 875), posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 26 de febrero de 1999 e hizo efectivo su traslado el 01 de abril del mismo año (fol. 421), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado

podiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos

establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub

examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 25 de mayo de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

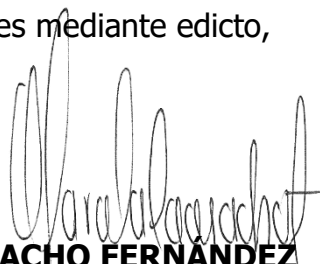
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de febrero del 2022, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, el porcentaje destinado al **fondo de garantía de pensión mínima, el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

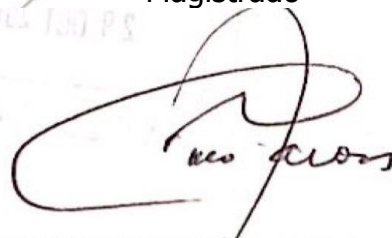
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ESTELA MARINA EGUIS RUIZ
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105029-2020-00143-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ESTELA MARINA EGUIS RUIZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a Colpensiones a que admita el regreso de la actora al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro, lo extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 1 de junio de 1985 hasta el 30 de octubre de 1996; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 09 de octubre de 1996; que posteriormente se trasladó a HORIZONTE, hoy PROVENIR S.A. a partir del 01 de agosto de 2000; que después se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 01 de noviembre de 2014; que las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. no le brindaron asesoría al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES el 18 de septiembre de 2019, y ante PROTECCIÓN S.A. el 23 de septiembre de 2019, pero le fue resuelto de manera negativa; que en COLPENSIONES obtendría una pensión de vejez por valor de \$2.620.905, mientras que en el RAIS sería de \$828.116 (fols. 219 a 223).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 002); sin embargo, no se hizo presente, ni

realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, con el suministro de la información, que la afiliada era consciente del formulario que llenó al momento de realizar el traslado de régimen. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (Fols. 2 a 11 archivo No 06).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y ello se encuentra corroborado con la firma del formulario de vinculación; que el acto jurídico de traslado cumplió con los requisitos de existencia y validez; que no se puede declarar la ineficacia del traslado por haber contado con la asesoría completa del traslado del régimen, que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no puede regresar a dicho régimen. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica. (Fols. 19 a 20)

3.3 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen se dio con garantía de la información en las asesorías correspondientes al cambio de la AFP; que el traslado se dio de manera libre y voluntaria, que no se allegaron pruebas sumarias que acrediten el error, fuerza o dolo que desvirtúen la afiliación; que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (fols. 67 a 68).

3.3 AFP COLFONDOS S.A. En la oportunidad legal manifestó que presenta oposición a todas las pretensiones, ya que la demandante sí recibió la información suficiente para que se hiciera efectivo el traslado al RAIS; que tal entidad si le brindó información de las implicaciones del traslado, lo que lo llevó a suscribir el formulario de afiliación de su puño y letra, donde dejó constancia de que la afiliación fue libre y sin presiones. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrada por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago (Fols. 10 a 11)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de enero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ESTELA MARINA EGUIS RUIZ por concepto de cotizaciones y rendimientos; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y contabilice para todos los

efectos legales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas, y se abstuvo de imponer costas.

La decisión la sustentó la juez de primera instancia en la ley 100 de 1993, ley 1328 del 2009, el Decreto 2241 del 2010, la Ley 1748 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la sentencia SL31989 de 2008 y siguientes referentes a la materia, señalando en el presente caso que no se aportó prueba alguna que acreditara el deber de información exigido; que COLFONDOS S.A. no le informó en debida forma las características, riesgos, beneficios y condiciones de ambos regímenes pensionales a la demandante; que los gastos de administración no serán regresados a Colpensiones por cuanto la condenada no corresponde al fondo primigenio que tenía el deber de información. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, quien manifestó que se incluyan dentro del traslado de la demandante los gastos de administración ya que de acuerdo con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se ha señalado que una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen, los gastos administrativos deberán incluir los valores a devolver a Colpensiones ya que se entiende que el acto de afiliación nunca fue surtido.

6. Alegatos de conclusión.

7.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente devolver los gastos de administración y comisiones; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

7.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

7.3 DEMANDANTE: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de instancia, ya que la AFP del RAIS no cumplió con la carga de la prueba de informar a la demandante al momento del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora ESTELA MARINA EGUIS RUIZ, cotizó al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 1 de junio de 1985 hasta el 30 de octubre de 1996 (Fols. 139 archivo No 06); que el 09 de octubre de 1996 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. (fol. 163); que el 22 de junio de 2000 se afilió a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (fol. 213); que posteriormente el 15 de septiembre de 2014 la demandante se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad donde actualmente se encuentra afiliada (Fol.164).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la

afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: “***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino, y por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 09 de octubre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera**

íntegra a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no se hizo extensiva la condena a COLFONDOS S.A., ni a PORVENIR S.A. como primeras AFP donde se vinculó la actora.

Igualmente, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de gastos de administración, comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es

aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

Sin costas en esta instancia al prosperar el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

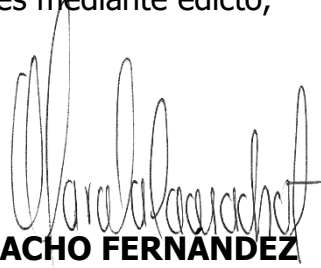
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero del 2022, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, la sentencia objeto de apelación y consulta.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BERNARDO DE JESÚS GUEVARA PALACIO
DEMANDADO: UGPP
RADICACIÓN: 110013105-027-2018-00668-01
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Bernardo de Jesús Guevara Palacio a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que tiene derecho a la reliquidación del IBL con el 75 % de lo percibido como salario en el último año de servicios, a partir del 06 de mayo de 2003, fecha en la que se le reconoció la pensión por parte de TELECOM, el retroactivo, la actualización de los saldos insolutos teniendo en cuenta el IPC, la indexación, los intereses moratorios, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 1042 del 6 de mayo de 2003, TELECOM le reconoció la pensión de jubilación convencional en el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos nueve años de servicio, tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del Manual de prestaciones de TELECOM la mesada pensional corresponde al 75% del promedio de todo lo que hubiese devengado como salario en el último año de servicios; que agotó la vía gubernativa en el mes de diciembre de 2016 mediante derecho de petición, el que fue resuelto de manera negativa a través de resolución RDP 016996 del 25 de abril de 2017. (Fols. 2 a 19 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 196 y 197 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que la pensión reconocida al demandante a través de resolución No 1041 de 2003

es una pensión convencional, la cual en el tema del IBL se rige por lo dispuesto en la ley 100 de 1993 y no como lo solicita el actor con el último año de servicios. Como excepciones de mérito rotuló las de ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas, inexistencia de indexación, no pago de intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas, y la genérica (Fol. 199 a 208 archivo No 01)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de marzo de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, gravándolo en costas procesales (fls. 1 a 3, con audiencia virtual, archivos No 5 y 6).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión que el actor es pensionado por TELECOM, quien a través de resolución No 1042 de 2003, reajustada mediante resolución No 1503 de 2004, reconoció la pensión convencional, aplicando el IBL de la ley 100 de 1993 y no con el promedio del último año de servicios como lo pretende el actor. Que en sentencia SL3138-2018, en un caso de similares contornos, se estableció que ni la convención colectiva ni su adenda, se encuentra expresamente la forma en que se determina el IBL, por lo que necesariamente hay que acudir al artículo 36 de la ley 100 de 1993, y en consecuencia, al establecerse en la convención colectiva solo el reconocimiento pensional con el cumplimiento del tiempo de servicios, sin decir nada sobre la forma de liquidación del IBL, resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, por lo que resulta imperioso la absolución de las suplicas incoadas por el actor. Finalmente, por las resueltas del proceso impartió condena en costas al demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por la parte demandante, quien manifestó que los derechos laborales son irrenunciables, y ya la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones, en que la ley 100 de 1993 no es aplicable al caso en litigio, ya que se trata de una pensión convencional y estaba basada en unos acuerdos convencionales que tenían toda la legalidad para esa época; que las reglas de carácter pensional según el Acto legislativo 01 de 2005 se mantendrán por el termino inicialmente estipulado y tuvieron vigencia hasta el año 2006 cuando dejó de existir la empresa de telecomunicaciones.

6. Alegatos de conclusión. La UGPP presentó alegatos de conclusión manifestando que se debe confirmar la decisión de instancia, ya que la pensión de jubilación fue reconocida en debida forma, teniendo en cuenta el IBL que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer, ¿El demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta un IBL del último año de servicios?

Ingreso base de liquidación pensión convencional

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: que mediante resolución No 1042 del 06 de mayo de 2003 CAPRECOM le concedió la pensión de jubilación convencional, efectiva a partir de la fecha en que se acredite el retiro del servicio (Archivo No 01, folios 20 a 23); que mediante resolución No 1503 del 04 de agosto de 2004, se reajustó la pensión de jubilación convencional en cuantía de \$ 1.490.641, a partir del 16 de julio de 2003, con aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo que respecta al IBL (Archivo No 36, expediente administrativo).

Ahora bien, siendo el punto capital el IBL aplicable al demandante, baste con traer a colación la sentencia SL3138-2018, en la que la Corte hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto al tema, concluyendo que la Convención Colectiva 1996-1997 y la Adenda al artículo 2º convencional no determinaron que las pensiones convencionales otorgadas a los trabajadores de TELECOM se deban liquidar con el último año de servicios, como lo reclama aquí el recurrente. Dijo la Corte lo siguiente:

"En torno al tópico planteado, no es objeto de discusión que la pensión de la cual se solicita su reliquidación es de origen convencional y que a través de la adenda al artículo 2 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997, TELECOM expresamente aceptó para los empleados cobijados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vinculados a la empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992, las siguientes modalidades de pensión:

- 1. El trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos.*
- 2. El trabajador oficial que haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a su edad.*
- 3. Los trabajadores en los cargos denominados como de excepción, tendrán derecho a la pensión de jubilación a los veinte (20) años de servicio, sin consideración a la edad, y en los términos del Decreto 1835 de 1994.*

No obstante, es importante advertir que de un minucioso análisis realizado tanto de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997, como de la adenda a su artículo segundo, se observa que en ninguno de sus apartes se encuentra expresamente contemplada la forma en que se determina el ingreso base de liquidación de las pensiones convencionales como la deprecada y, menos aún, que esta corresponda a lo establecido en el artículo 9 del Decreto 2201 de 1987. Es así como para establecer el ingreso base de liquidación, necesariamente hay que acudir a lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se debe recordar que esta Sala de la Corte ha sostenido con insistencia que el régimen de transición garantizó la aplicación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 tan sólo en tres aspectos puntuales: la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación, entendido este último como el porcentaje o también denominado tasa de reemplazo, que se aplica a la base salarial. A la par, ha clarificado que la forma de obtener el ingreso base de liquidación, que valga reiterar no es igual al monto pensional, fue regulada expresamente en las disposiciones de la Ley

100 de 1993, por lo que no es posible acudir a normatividades precedentes para determinarlo tal y como pretende la actora”.

Criterio propalado en la sentencia SL2065-2020, por lo que, al estar ante una situación fáctica y jurídica similar, en la que se peticiona la reliquidación de la pensión convencional otorgada por TELECOM con el último año de servicios, habrá de decirse que resultan totalmente improcedentes las pretensiones, ello, al haber guardado silencio al respecto la Convención Colectiva y la adenda a la misma, sin que tampoco resulte aplicable lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues no está en discusión la vigencia de la norma convencional, sino los parámetros sobre los que se debe liquidar la prestación, los cuales se rigen en línea de principio por lo dispuesto en el texto convencional, pero como quiera que en el sub examine, la disposición convencional guardó silencio respecto a la liquidación de la pensión de jubilación convencional, es necesario remitirnos a lo dispuesto en la ley 100 de 1993, tal como lo hizo CAPRECOM en su momento y como ahora lo defiende la UGPP.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

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

DECISIÓN

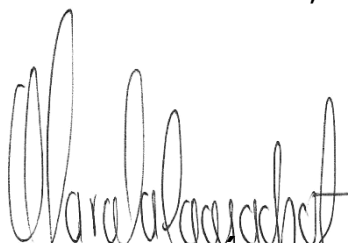
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás vertidas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la UGPP. Las de primera se confirman.

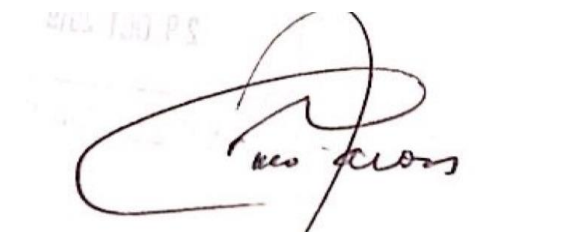
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

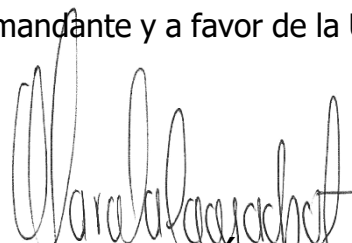


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la UGPP, en la suma de \$100.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **LIDA MARINA RODRIGUEZ SIERRA**
DEMANDADO: **UGPP y OTRA.**
RADICACIÓN: **110013105-009-2020-00104-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA UGPP**
TEMA: **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora Lidia Marina Rodríguez Sierra a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente de ALVARO SANABIRA (QEPD), a partir del 08 de marzo de 2018, el retroactivo, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que tal como consta en la resolución No 1772 del 25 de septiembre de 1998, el señor Álvaro Sanabria (Q.E.P.D), fue pensionado por CAPRECOM; que el señor Álvaro Sanabria falleció el 08 de marzo de 2018; que la actora y el señor Álvaro Sanabria convivieron en calidad de compañeros permanentes por más de 5 años al momento del fallecimiento; que mediante resolución RDP020279 del 31 de mayo de 2018, la UGPP reconoció la pensión de sobrevivientes a Nicolás Felipe Sanabria Rodríguez en cuantía de un 100%, negando la prestación a Martha Cecilia García Vásquez y Lidia María Rodríguez Sierra, ya que no acreditaron los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993; que mediante resolución RDP033450 del 13 de agosto de 2018, modificó el reconocimiento pensional, disminuyendo al 50% la pensión reconocida a Nicolás Felipe Sanabria Rodríguez, dejando en suspenso el restante 50% a efectos de que sea la justicia ordinaria la que determine el derecho y el porcentaje de la cuantía de las reclamantes; que la convivencia se desarrolló con la demandante desde inicios de 1994 y fruto de la misma nació su hijo Jhon Álvaro Sanabria Rodríguez en el año

de 1996, y que pese a que en algunas épocas convivieron en lugares separados, ello lo fue por temas económicos, persistiendo la convivencia con el causante hasta el momento del fallecimiento ocurrido el 08 de marzo de 2018 (Fols. 55 a 64 archivo No 03)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 75 a 76); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 UGPP.: Se opone a todas las pretensiones invocadas con fundamento en que la actora no cumple con los requisitos que exige la ley para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, además que se presentaron dos posibles beneficiarias a reclamar la prestación, situación que debe ser definida por la justicia ordinaria. Como excepciones de mérito rotuló las de: inexistencia del derecho y prescripción (Fols. 01 a 08 y 16 a 23 archivo B1).

3.2 MARTHA CECILIA GARCIA VÁSQUEZ: Presentó oposición a las pretensiones con base en que la demandante nunca ostentó la condición de compañera permanente, y que contrario sensu la aquí vinculada tiene la calidad de cónyuge supérstite con sociedad conyugal vigente por espacio de cuarenta y tres años, además que fue la persona que acompañó al causante hasta su último lugar de morada, y por ello, es ella quien tiene derecho a sustituir la prestación. Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por activa, matrimonio y sociedad conyugal vigente hasta el día del fallecimiento del señor Álvaro Sanabria, interrupción al compartir el lecho por razones de salud no es sinónimo de falta de convivencia, falta de buena fe por parte de la demandante y en contra del sistema judicial y la UGPP, y la innominada. (Fols. 10 a 29 archivo A4)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a la UGPP a reconocer y pagar a Martha Cecilia García Vásquez, la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su cónyuge Álvaro Sanabria a partir del 09 de marzo de 2018 en cuantía del 50% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso, la cual deberá ser acrecentada en un porcentaje igual, a partir del día en que se extinga el derecho pensional reconocido a Nicolás Felipe Sanabria Rodríguez; condenó a la UGPP a reconocer la indexación; autorizó los descuentos al sistema general de seguridad social en salud; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho respecto de Lidia Marina Rodríguez Sierra, absolviendo a la UGPP de las pretensiones incoadas por aquella. Finalmente se abstuvo de imponer costas (Fls. 2 a 4 con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que se encuentra acreditado el fallecimiento del causante el 08 de marzo de 2018, igualmente la calidad de pensionado que ostentaba el óbito a cargo de CAPRECOM a través de resolución No 1772 de 1998, reliquidada a través de resolución No 001458 del 22 de julio de 1999.

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la sustitución pensional debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Álvaro Sanabria falleció el 08 de marzo de 2018, le resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, cuyas

exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que para la fecha de fallecimiento del causante, la actora contaba con más de 30 años de edad, y en ese orden, se estudia la prestación de manera vitalicia.

En cuanto a la convivencia, adujo que en el caso de la demandante Lidia Marina Rodríguez Sierra, debía acreditar 5 o más años anteriores al deceso del pensionado fallecido, pues la beneficiaria acude como compañera permanente, siendo que se encuentran dos posturas diferentes, pues mientras la actora sostiene que la convivencia se dio desde el año de 1994, la entidad de seguridad social se mantiene en que no se acreditó el tiempo mínimo de convivencia exigido. En cuanto a la señora Martha Cecilia García Vásquez al concurrir en calidad de cónyuge supérstite, adujo que la convivencia de los cinco años puede ser acreditados en cualquier tiempo.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la señora Martha Cecilia García Vásquez como cónyuge supérstite, quien contrajo matrimonio con el causante el 19 de julio de 2003, sin que se evidencie anotación de cesación de efectos civiles del matrimonio, además que con la prueba testimonial se logró demostrar la convivencia por más de 43 años, inicialmente con compañera permanente y posteriormente como cónyuge a partir del año 2003 hasta la fecha del deceso del señor Álvaro Sanabria.

En cuanto a la señora Lidia Marina Rodríguez Sierra, consideró que no se configuró el requisito de la convivencia en los últimos cinco años anteriores al deceso, había cuenta de que fue la misma parte demandante quien en el hecho No 32 de la demanda manifestó que para la fecha del deceso el señor Álvaro Sanabria residía en la casa de su hija Luisa Fernanda; que no se logró demostrar esa comunidad de vida, y acompañamiento mutuo, y que a pesar de haberse arrimado un contrato de arrendamiento, lo cierto es que, el causante no convivía con la señora Lidia Marina Rodríguez Sierra; que no se logró ni siquiera acreditar la convivencia los fines de semana como pretende la actora, ya que existe contradicción en la versión rendida por los hijos del causante, pues mientras los hijos que tuvo con la señora Martha Cecilia García Vásquez manifestaron que siempre compartió con ellos todo el tiempo, incluyendo navidades, fines de semana y cumpleaños; los hijos de la señora Lidia Marina Rodríguez Sierra, expresaron que todos los fines de semana su padre se quedaba en la casa y que compartían las navidades, fines de año y cumpleaños juntos. Consideró que el testigo Nicolás Sanabria Rodríguez hijo de la demandante y el causante, manifestó que la relación de sus padres era de noviazgo, lo que llevó a la a quo a indicar que el noviazgo, así haya sido continuo no constituye convivencia en los términos de constituir una familia, y que el deber de padre que tenía el señor Álvaro Sanabria, no constituía convivencia.

Conforme a lo anterior, concluyó que el reconocimiento del 50% que había dejado en suspenso la UGPP le corresponde a la señora Martha Cecilia García Vásquez como cónyuge supérstite, a partir del 9 de marzo de 2018, la cual deberá ser acrecentada en un porcentaje igual, a partir del día en que se extinga el derecho pensional reconocido a Nicolás Felipe Sanabria Rodríguez, junto con la indexación del retroactivo causado, y con los respectivos descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Declaró no probada la excepción de prescripción, por cuanto el fallecimiento del pensionado fue el 08 de marzo de 2018, el trámite administrativo ante la UGPP se agotó el 13 de agosto de 2018, y la demanda se presentó el 09 de febrero de 2020,

es decir, no transcurrió más del término trienal, por ende, no hay lugar a la prosperidad parcial de este medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por la parte demandante, quien solicitó que se tenga en cuenta el escrito introductorio y los alegatos de conclusión, ya que no se presenta inconformidad en relación con la cónyuge supérstite, sin embargo, debe incluirse a la demandante como compañera permanente, ya que se configuró la convivencia en los términos de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional; que se debe verificar la convivencia independientemente de si se está hablando de noviazgo o compañera permanente; que le corresponde al juzgador verificar la ayuda mutua y el apoyo espiritual; que se le dio relevancia al título de la relación como lo dijo el testigo Nicolás, como de noviazgo; que los testimonios manifiestan que tenían conocimiento de la relación del causante con la demandante; que los hijos son contundentes en manifestar la convivencia, a pesar de que no se tenga certeza en relación con los fines de semana; que existió una situación diferente de convivencia, en la que desde la demanda se dijo que no convivían bajo el mismo techo, pero que el causante sí respondía por la otra familia y sí había una ayuda mutua; que el aporte no solamente era para los hijos sino para toda la familia, incluida la actora; que debe tenerse en cuenta el contrato de arrendamiento; que existía ayuda mutua y animo de permanencia; que no se tuvieron en cuenta las diferentes relaciones negócias que tenía el causante con la demandante, lo que demuestra esa ayuda mutua; que cumple los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en la proporción que se llegare a demostrar; además que la convivencia no se vio interrumpida en el tiempo en que se fue el causante para España; que no se puede ver el asunto desde una óptica excluyente, por el hecho de que el causante tenía su habitación en otra parte, ya que lo que tenía que haberse visto son las ayudas que el causante desplegó hacia la demandante; que se debe tener una perspectiva de género, ya que aquí se está hablando de la solidaridad; que se debe incluir a la actora como beneficiaria de la prestación reclamada en la proporción que se considere.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal la UGPP presentó alegatos de conclusión, manifestando que no le asiste derecho a la señora Lidia Marina Rodríguez, ya que la relación que mantuvo con el causante fue de amistad y no de compañera permanente.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La prestación reclamada deberá ser compartida entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente del señor ALVARO SANABRIA, proporcionalmente atendiendo el tiempo de convivencia que tuvo con las señoras Martha Cecilia García Vásquez y Lidia Marina Rodríguez Sierra? De ser afirmativa la respuesta ¿En qué proporción debe ser su reconocimiento?

Fallecimiento

El señor ALVARO SANABRIA (Q.E.P.D) falleció el 08 de marzo de 2018, según registro civil de defunción obrante a folio 34, archivo A4.

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 08 de marzo de 2018 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor ALVARO SANABRIA (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, hoy asumido por la UGPP, le reconoció pensión de jubilación a partir del 01 de agosto de 1998, conforme Resolución N° 1772 del 25 de septiembre de 1998, reajustada mediante Resolución No 01458 del 22 de julio de 1999 (Fol. 50 a 58 archivo A4).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, siendo del caso precisar que la cónyuge supérstite debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

Tiempo de convivencia

Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante o la compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

Derecho reclamado por la señora Martha Cecilia García Vásquez

- Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Martha Cecilia García Vásquez nació el 29 de enero de 1957, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (fol. 32 archivo A4)., luego para la muerte del señor Álvaro Sanabria contaba con 61 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

- Calidad de cónyuge supérstite.

Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Martha Cecilia García Vásquez contrajo matrimonio con el señor Álvaro Sanabria el 19 de julio de 2003 (Fol. 30 archivo A4), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado, siendo importante advertir, además, que de dicha unión nacieron Sandra Patricia, Paola Andrea y Luisa Fernanda Sanabria García (Fol. 35 a 37).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que:

"Debe aclarar la Sala, que la cesación de efectos civiles de un matrimonio católico o civil o divorcio, impide aducir al reclamante la calidad de persona con vínculo matrimonial vigente y por ende, en esta eventualidad no tendría la prerrogativa o el derecho de poder acreditar los cinco años de convivencia en cualquier tiempo" (SL5220-2018).

- Prueba de la convivencia de la cónyuge

En ese sentido, una vez revisado el registro civil de matrimonio, no contiene anotación alguna que permita colegir la falta de vigencia del vínculo matrimonial, y por ende, lo que sigue es verificar si se acreditan esos 5 años en cualquier tiempo, precisando que la parte demandante no controvierte tal situación, pues a su juicio la prestación reclamada debe ser para las dos beneficiarias, y en ese orden, considera la Sala que la convivencia de la señora Martha Cecilia García Vásquez y el señor Álvaro Sanabria se encuentra acreditada, inicialmente como compañera permanente, y posteriormente como cónyuge, por espacio superior a los cinco años exigidos, pues ello se puede colegir no solo del conteo del lapso comprendido entre la celebración del matrimonio (19 de julio de 2003) y la fecha del óbito de Álvaro Sanabria (08 de marzo de 2018), sino también con el dicho de Jaime Sierra Sanabria, Luisa Fernanda Sanabria y Paola Sanabria, indicando el primero de ellos, que la convivencia fue desde 1972 o 1973 y que de esa unión procrearon a sus tres hijas, además relató que para el año 2000 la señora Martha Cecilia García Vásquez viajó a España, y que la pareja se casó para que el señor Álvaro Sanabria pudiera irse a España, el cual, en efecto viajó a ese país para esos años y allá convivieron como pareja por aproximadamente 5 o 6 años. Afirma que el señor Álvaro Sanabria se devolvió a

Colombia por temas de salud y la señora Martha Cecilia García Vásquez se quedó en España, regresando con posterioridad a Colombia; en cuanto a las otras deponentes, quienes son hijas de Martha Cecilia García Vásquez y Álvaro Sanabria, manifestaron que su padre siempre estuvo con ellas, y que nunca se separaron, ya que a pesar del viaje a España y el hecho de que su mamá se haya quedado otros años allá, siempre siguieron en comunicación y cuando volvió su madre, continuaron la convivencia en la casa ubicada en el barrio Boíta, donde falleció su padre.

Por lo que es claro para la Sala que el período de convivencia entre el pensionado fallecido y la Martha Cecilia García Vásquez que debe tenerse en cuenta para la pensión de sobrevivientes es el comprendido por lo menos desde el año de 1978 (nacimiento de su primera hija) hasta el 08 de marzo de 2018, primero en calidad de compañera permanente y luego como cónyuge hasta el deceso del señor Álvaro Sanabria, esto es, aproximadamente 40 años, como ha bien tuvo la a quo considerarlo.

Sentando lo anterior, debe precisarse que porcentaje le corresponderá o si tiene derecho a la totalidad de la prestación económica (50%), determinación que será efectuada por la Sala una vez se defina si le asiste derecho a la demandante Lidia Marina Rodríguez Sierra.

Derecho reclamado por la señora Lidia Marina Rodríguez Sierra

- Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Lidia Marina Rodríguez Sierra nació el 09 de julio de 1972 (Fol. 579), luego para la muerte del señor Álvaro Sanabria, contaba con 46 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

- Calidad de Compañera Permanente.

Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social, y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572) (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008)

- Prueba de la convivencia de la compañera permanente.

Este requisito constituye el eje central de la litis, pues una vez se presentó la señora Lidia Marina Rodríguez Sierra, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional ante la UGPP (Fol. 600 a 638 anexos), dicha entidad mediante resolución RDP033450 del 13 de agosto de 2018, le *"dejó en suspenso el 50% de la pensión de sobrevivientes del causante que le pudiese corresponder a la señora (...) Rodríguez Sierra Lidia Marina"* (Fols. 633 a 638), debido a la controversia entre beneficiarias, indicando que es la justicia ordinaria la llamada a desentrañar el derecho reclamado.

En ese orden, resta para la Sala verificar el cumplimiento de la convivencia de la reclamante Lidia Marina Rodríguez Sierra como a continuación se detallará.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende la acreditación de "ser miembro del grupo familiar", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "ser miembros del grupo familiar" y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362/21, que reiteró lo dicho en la SL1399/18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde inicios de 1994 y se mantuvo hasta el óbito del señor Álvaro Sanabria (08/03/2018), sin embargo, una vez valorada la prueba allegada al plenario, de entrada, la Sala manifiesta que la razón está del lado de la cognoscente de instancia, ya que no se logra acreditar la convivencia por espacio de cinco (5) años anteriores a la fecha del deceso, como se verá a continuación.

Desde la demanda se aduce que para la fecha del deceso del señor Álvaro Sanabria, aquel no residía con la demandante, sino que se quedaba en la casa ubicada en el barrio Boíta con una de sus hijas, es decir, resulta ser contradictorio con lo dicho por la actora al momento de solicitar por la vía administrativa la prestación, pues en aquella oportunidad se manifestó que *"mantuvo convivencia con el señor Álvaro Sanabria (...) desde el 30 de julio de 1996 hasta el 8 de marzo del año 2018. Durante este periodo compartimos **techo**, lecho y mesa permanente e ininterrumpida y procreamos 2 hijos"*.

Ahora, manifiesta el recurrente que sí se presentó la convivencia, dado que a pesar de no compartir "lecho" todos los días, si se frecuentaban los fines de semana, y además que debe ponderarse lo relativo a la ayuda mutua y apoyo económico que dispensaba el señor Álvaro Sanabria para con la demandante.

Puestas así las cosas, se equivoca el recurrente en lo afirmado, dado que en efecto no se logra demostrar que el señor Álvaro Sanabria hubiese convivido con la actora por lo menos los fines de semana como lo refiere en su postura, dado que las pruebas testimoniales no apuntan a ello, y a pesar de que los señores Jhon Álvaro Sanabria Rodríguez y Nicolás Sanabria Ramírez, hijos del señor Álvaro Sanabria y la demandante, manifestaron que su padre se quedaba los fines de semana con ellos, lo cierto es que, no dieron mayor información al respecto, y por el contrario, las testigos Paola Sanabria García y Luisa Fernanda Sanabria, quienes también fueron hijas del señor Álvaro Sanabria, manifestaron que su padre nunca se separó de su madre, que siempre compartían con su papá, y que, como dijo Luisa Fernanda, después de que su padre llegó de España "siempre estuvo conmigo" y que tiene "marcado ese momento" ya que pasaba por una situación difícil. Asimismo, que los fines de semana pasaba en la casa con ellos, igualmente, los fines de año y eventos de cumpleaños, recordando que solo en una ocasión se fue después de media noche en una navidad a visitar a sus otros hijos, pero que del resto "siempre estuvo con nosotros", tesis que a diferencia del dicho de los señores Jhon Álvaro Sanabria Rodríguez y Nicolás Sanabria Ramírez, merecen mayor credibilidad, pues debe tenerse en cuenta que el lugar de residencia del señor Álvaro Sanabria fue en la casa ubicada en el barrio Boíta, lugar donde falleció en compañía de su esposa e hijas, y a pesar de que Paola Sanabria García y Luisa Fernanda Sanabria tenían conocimiento de sus otros hermanos, en lo tocante a la posible convivencia entre la demandante y su padre fueron enfáticas en aseverar que su padre era muy responsable con las obligaciones para con sus hijos e iba a visitarlos, pero que siempre residió con ellas y su madre.

Ahora, llama poderosamente la atención de la Sala que la parte actora esgrima que el señor Álvaro Sanabria se fue a vivir a España para mejorar la situación económica, pero que continuó la relación sentimental, y que a su regresó a Colombia llegó al apartamento, para posteriormente en el año 2014 irse a vivir con la hija; sin embargo, el señor Álvaro Sanabria decide regresar por temas de salud y no por razones de tipo económico, como lo manifiesta la actora en el hecho décimo octavo,

además que aquel no llegó a residir con la demandante sino que llegó a la casa donde siempre residía en sus últimos años, esto es, en el barrio Boíta. De hecho, la testigo Fanny Marcela Rodríguez, testigo de la demandante, manifestó que el señor Álvaro Sanabria llegó de España al apartamento, pero que se quedó uno o dos días, que "él no se quedó allá, no recuerdo por qué fue", por lo que se derruye la posición defendida por la parte actora, dejando entrever que la convivencia entendida ayuda mutua, "*acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común*" no se presentó. Inclusive, Nicolás Sanabria Rodríguez al inquirírsele respecto a la que sí su padre vivió con ellos cuando regresó de España, respondió que no recuerda, aspecto trascendental, pues para el año 2007, ya contaba con nueve años de edad, es decir, resulta poco creíble que no recuerde momentos con su padre y si este convivió o no con su madre como grupo familiar.

En lo que respecta a las ayudas económicas, debe tenerse en cuenta el dicho del testigo Jhon Álvaro Sanabria Ramírez, quien adujo que su padre siempre fue responsable, "puntual con la cuota y el arriendo", y "siempre que le pagaban a él, le daba el dinero a mi mamá", dichos que no reflejan la postura sostenida por la demandante, pues la ayuda económica estaba dirigida al sostenimiento y mantenimiento de sus hijos, y no hacia el sostenimiento de "la otra familia" como lo refiere el recurrente. De igual manera sucede con el tema del contrato de arrendamiento, constituyendo solo una apreciación subjetiva la alegación realizada por el apelante, ya que bien podía el causante obligarse como padre responsable a asumir el arriendo del lugar donde residían sus hijos, pero de allí no puede sostenerse la "ayuda mutua" del causante frente a la demandante que dé lugar a estructurar la convivencia.

Aprecia la Sala que las testimoniales de las hijas del causante, conducen a reconocer mérito de convicción, por ser congruentes, espontaneas y porque fueron quienes estuvieron más cerca al causante, dando cuenta de su estado de salud en los últimos años y además acompañaron a su padre hasta sus últimos días, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: "*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso*" teniendo en cuenta las "*circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*", y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, aspectos que no se encuentra que la falladora de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión de la cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandante enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a que su padre no se separó de su madre, así como tampoco residió en lugar diferente al compuesto por ellas y su mamá.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado no se probó que LIDIA MARINA RODRIGUEZ SIERRA conviviera en calidad de compañera permanente con el óbito por espació superior a los 5 años anteriores al deceso (08/03/2018).

Visto lo anterior, en el sub examine, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por

el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a la señora Martha Cecilia García Vásquez, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 08 de marzo de 2018, sobre el 50% de la prestación económica que percibía Álvaro Sanabria (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, \$2.364.857, valor que se encuentra luego de actualizar el valor del monto pensional que fue reconocido mediante resolución No 001458 del 22 de julio de 1999 (Fols. 56 a 57 archivo A4).

Ahora, ninguna de las mesadas se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción, puesto que las mesadas pensionales se hicieron exigibles el 08 de marzo de 2018, la reclamación se presentó el 20 de marzo de 2018 (Fol. 59 archivo A4), y la demanda se instauró el 19 de febrero de 2020 (Fol. 65 archivo A3), es decir, entre tales calendas no transcurrieron los tres años de que trata los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S., por tanto, ninguna mesada queda sometida a la prescripción.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$70.775.931**, correspondiente a las mesadas causadas entre 09 de marzo de 2018 y el 31 de marzo de 2022, y a partir del 1º de abril de 2022 la UGPP deberá cancelar a la señora **Martha Cecilia García Vásquez** una mesada pensional equivalente a \$ 1.359.097, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de jubilación que venía recibiendo el señor Álvaro Sanabria (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL					
Año	IPC	Valor reconocido	50%	# mesadas	Total retroactivo
1998	16,70%	\$ 761.539	\$ 380.770		\$ 0
1999	9,23%	\$ 888.716	\$ 444.358		\$ 0
2000	8,75%	\$ 970.745	\$ 485.372		\$ 0
2001	7,65%	\$ 1.055.685	\$ 527.842		\$ 0
2002	6,99%	\$ 1.136.445	\$ 568.222		\$ 0
2003	6,49%	\$ 1.215.882	\$ 607.941		\$ 0
2004	5,50%	\$ 1.294.793	\$ 647.396		\$ 0
2005	4,85%	\$ 1.366.006	\$ 683.003		\$ 0
2006	4,48%	\$ 1.432.258	\$ 716.129		\$ 0
2007	5,69%	\$ 1.496.423	\$ 748.211		\$ 0
2008	7,67%	\$ 1.581.569	\$ 790.785		\$ 0
2009	2,00%	\$ 1.702.876	\$ 851.438		\$ 0
2010	3,17%	\$ 1.736.933	\$ 868.467		\$ 0
2011	3,73%	\$ 1.791.994	\$ 895.997		\$ 0
2012	2,44%	\$ 1.858.835	\$ 929.418		\$ 0
2013	1,94%	\$ 1.904.191	\$ 952.095		\$ 0
2014	3,66%	\$ 1.941.132	\$ 970.566		\$ 0
2015	6,77%	\$ 2.012.178	\$ 1.006.089		\$ 0
2016	5,75%	\$ 2.148.402	\$ 1.074.201		\$ 0
2017	4,09%	\$ 2.271.935	\$ 1.135.968		\$ 0
2018	3,18%	\$ 2.364.857	\$ 1.182.429	11,73	\$ 13.873.829
2019	3,80%	\$ 2.440.060	\$ 1.220.030	14	\$ 17.080.418
2020	1,61%	\$ 2.532.782	\$ 1.266.391	14	\$ 17.729.474

2021	5,62%	\$ 2.573.560	\$ 1.286.780	14	\$ 18.014.919
2022		\$ 2.718.194	\$ 1.359.097	3	\$ 4.077.291
TOTAL					\$ 70.775.931

Se aclara que, para el disfrute de la pensión de sobrevivientes, *"la data de la muerte marca el inicio de la causación de las prestaciones¹ a sus beneficiarios²"* (SL1019-2021), en ese orden, como el señor Álvaro Sanabria falleció el 08 de marzo de 2018, como da cuenta el registro civil de defunción (fol. 34 archivo A4), el disfrute lo hubiera sido desde el 08 de marzo de 2018; no obstante, como la a quo ordenó el disfrute a partir del 09 de marzo de 2018 y tal decisión no fue objeto de disenso por la parte a quien se le reconoció la prestación, habrá de dejarse incólume la fecha de disfrute, además porque la decisión se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

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

Indexación

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

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

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

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

¹ Ley 100 de 1993. Artículo 46, 49, 78.
² Ley 100 de 1993. Artículo 47.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la demandante y a favor de la parte demandante UGPP, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a pagar a la señora MARTHA CECILIA GARCIA VÁSQUEZ, la suma de **\$70.775.931**, como retroactivo pensional causado desde el 09 de marzo de 2018 hasta el 31 de marzo de 2022. A partir del 1º de abril de 2022, la UGPP, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$ 1.359.097, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

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

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la UGPP y a cargo de la demandante. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

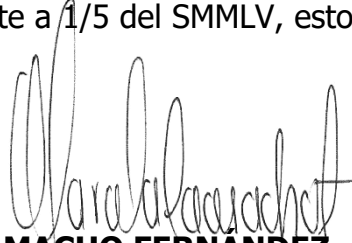


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la UGPP y a cargo de la demandante, el equivalente a $\frac{1}{5}$ del SMMLV, esto es, la suma de \$ 200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MILTHON RAUL GANTIVA MOLEND
DEMANDADO: COLPENSIONES- Y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-035-2021-00452-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MILTHON RAUL GANTIVA MOLEND instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por el demandante; que se declare que el demandante nunca se trasladó del RPMPD; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a registrar la ineficacia de la afiliación al RAIS; que se condene a Colpensiones a activar la afiliación en pensión del demandante; que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluyendo rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones, lo ultra ultra y extrapetita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que cotizó 710 semanas al RPMPD; que inició sus aportes con la AFP Porvenir desde mayo de 2005; que dicha AFP no realizó un asesoramiento responsable y no brindó la información suficiente; que solicitó el 19 de julio de 2021 a la AFP Porvenir S.A. la anulación del traslado y esta fue negada; que el 09 de agosto de 2021 solicitó a Colpensiones la activación de su afiliación, siéndole respondida de manera negativa (pág. 1 a 12 archivo 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág 11 y 12 archivo No 10); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que no obra prueba alguna de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia ninguna nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante; que el traslado se realizó de manera libre; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de que trata la ley 797 de 2003; que no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que ha actuado en estricto cumplimiento al deber legal y nada tuvo que ver con la decisión del demandante. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Pág. 1 a 38 archivo No 14).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda argumentando que la AFP al momento de la afiliación cumplió con todos los requisitos legales para que naciera a la vida jurídica; que el traslado constituyó una decisión libre, voluntaria, informada y sin presiones por parte del demandante, tal y como consta en el formulario de afiliación; que el demandante fue informado acerca de los dos regímenes pensionales; que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (Pág. 1 a 38 archivo No 12).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de enero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS y como consecuencia se ordenó a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos; condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación por los gastos de administración conforme al tiempo que éste permaneció afiliado al fondo privado; condenó a Colpensiones a volver a afiliar al demandante al RPMPD y recibir todos los aportes que este hubiese efectuado a la AFP. Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A.

La decisión del juez se basó en lo pregonado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 145 de 2021, SL4806 de 2020, SL4388 de 2020, SL4834 de 2020, SL3066 de 2020, SL31989 de 2008, SL31314 de 2008, SL3676 de 2021, SL2806 de 2020 y SL4161 de 2020, con lo cual dedujo que de conformidad con el artículo 167 del CGP, la AFP incumplió sus obligaciones y el deber de información; que el trabajador no puede probar que no se le brindó información y en consecuencia esto debe probarlo la AFP; que la AFP debe probar que al momento del traslado el afiliado contaba con todas las herramientas para tomar la decisión; que la información debe ser clara y suficiente referente a las implicaciones de su decisión; que la información debe darse en todas las etapas de la afiliación; que las leyendas pre impresas en el formulario no son suficientes; que aunque el formulario esté firmado esto no implica

que se le haya brindado la información necesaria y suficiente; que Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información; finalmente que la afiliación desinformada genera la ineficacia retrotrayendo las cosas a su estado anterior, trayendo como consecuencia que los fondos privados devuelvan la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y así mismo devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; ordenó a PORVENIR S.A. como última administradora a devolver todos los aportes efectuados por el demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos a Colpensiones, asimismo, señaló que PORVENIR S.A. debe asumir de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación del demandante por los gastos de administración por el tiempo en que estuvo vinculado.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión fue recurrida por las siguientes partes:

COLPENSIONES: Solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado; que la seguridad social es un derecho autónomo; que según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se declara la ineficacia por deficiente deber de información, sin embargo, Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante, ya que quien infringe el deber es la AFP del RAIS; que no deben aplicarse disposiciones posteriores al actor de afiliación; que Colpensiones al aceptar el retorno del demandante contribuiría a la descapitalización del sistema pensional; que la Corte Constitucional manifestó que nadie puede resultar subsidiado por los recursos de quienes aportaron al sistema, ello en virtud del principio de solidaridad; que se afecta la sostenibilidad del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados; que no se tiene en cuenta la calidad profesional del demandante conforme la sentencia SL17595 de 2017; que el demandante por su nivel profesional era conocedor de los regímenes pensionales, por lo que no puede ahora alegar el desconocimiento de la norma, además que afecta el derecho de los demás afiliados; que en el evento de ratificarse la sentencia de primera instancia, se autorice a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante; que no se autorice el descuento por pagos de seguros de invalidez y vejez, así como gastos de administración.

PORVENIR S.A.: Insiste en que la vinculación al RAIS para el año 2005 es completamente válida, eficaz, además firmó el documento de vinculación, siendo este el exigible para la fecha; que si bien existía un deber de información, este ha tenido un desarrollo en la que se ha incrementado las exigencias, sin embargo, en este tipo de procesos no se realizó la debida aplicación de la norma vigente para su momento; que el demandante ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen, con la respectiva asesoría, indicándole las características del régimen, sin coacción, y suscribiendo el formulario de afiliación libremente; que exigir otra clase de información como comparativos o inconveniencias del traslado, no puede ser exigible, ya que surgió de manera posterior; que lo único en ese momento era el formulario de afiliación, mismo al que debe dársele valor jurídico; que no resulta justo exigir otro tipo de documentos aparte del formulario de afiliación; que el actor ratificó su permanencia en el RAIS; que con su firma dejó constancia de haber sido asesorado; que sobre la devolución de gastos de administración y demás condenas no resulta justa, ya que son conceptos descontados por disposición legal, además sí

se declara la ineficacia en sentido estricto no tendría lugar a los rendimientos que se generan en el RAIS.

9. Alegatos de conclusión.

9.1 Demandante: Peticiona que se confirme la sentencia de primer grado, ya que no se demostró por parte de la AFP el cumplimiento del deber de información.

9.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente devolver los gastos de administración y comisiones, ya que estos cumplieron su finalidad de asegurar el riesgo al afiliado, además se hizo una buena gestión; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza.

9.3 Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor MILTHON RAUL GANTIVA MOLENDAS se afilió al ISS el 04 de septiembre de 1978, con cotizaciones en el régimen de prima media hasta el 30 de abril de 2005 (pág. 34 y 42 Archivo No 01); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 09 de marzo de 2005 (Pág 106 archivo No 01), donde actualmente se encuentra afiliado.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice,

sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2005- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Ahora, respecto a que se cumplió con el deber de información según lo dicho por el actor en el interrogatorio, y que para ese momento solo era exigible la manifestación de la voluntad en el formulario de vinculación, acota la Sala que la AFP debía haberle

suministrado de manera escrita por lo menos el “plan de pensiones” de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, documento que *“deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación”*, empero, el mismo brilla por su ausencia.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales en su defensa que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 10 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado

original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES. En el sub examine, una vez revisada la decisión, la misma congloba los conceptos aquí referidos, por lo que se confirmará la sentencia en este ítem, precisando que ninguna consideración puede hacerse respecto a que se autorice a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante, ya que ello no constituye el objeto del litigio, y en todo caso, sí Colpensiones considera que deben reconocerse perjuicios por asumir la situación pensional del actor, tiene toda la autonomía para plantear tal controversia ante los estrados judiciales, sin que sea necesario que aquí se autorice.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP las partes demandadas resultaron vencidas en el presente proceso, además que ejercieron férrea oposición a las pretensiones.

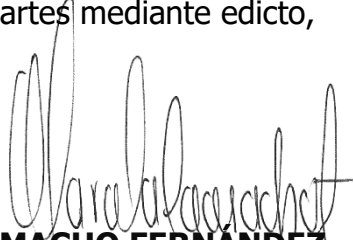
DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

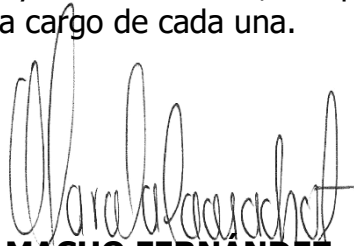


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada