



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 02 2017 00566 01**

Demandante: **ROBERTO ATUESTA ANZOLA**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado MICHAEL CORTAZA CAMELO, identificado con cédula de ciudadanía 1.032.435.292 y T.P. 269.256 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá del 23 de mayo de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor ROBERTO ATUESTA ANZOLA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin que se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio la última entidad por incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994.

Como consecuencia de lo anterior se ordene a PORVENIR S.A. restituir a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con ocasión a la afiliación del actor, asimismo que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez atendiendo a su calidad de beneficiario del régimen de transición de conformidad con el Decreto 758 de 1990 y finalmente se conceda lo demás que resulte probado bajo las facultades *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante en el año de 1997 a raíz de la falta de información clara, pertinente y precisa por parte de la AFP PORVENIR S.A. al momento del traslado; como segunda pretensión subsidiaria propone que se declare la ineeficacia del traslado del demandante por ausencia de consentimiento libre e informado y finalmente como tercera subsidiaria se declare la invalidez del traslado efectuado por el actor.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que se encuentra vinculado a la AFP PORVENIR S.A. desde 1997, no obstante considera que fue trasladado sin que su conocimiento fuese libre e informado, pues se omitió ponerle de presente las diferencias entre los regímenes pensionales, realizarle proyecciones pensionales, informarle sobre las características propias de este último régimen como el capital que debía acumular para pensionarse, que sus aportes conformarían su cuenta de ahorro individual y que parte de estos se destinarían para cubrir la prima de seguro previsional y la administración de la cuenta, la manera en que se liquidaría la pensión o la posibilidad de pensionarse anticipadamente.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, argumentó que la vinculación del demandante es válida al ser suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria con respecto al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia C-789 de 2002; asimismo que su intención de permanencia está demostrada por cuanto sus aportes figuran en el mentado régimen desde octubre de 1998.

Presentó las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que no existe prueba alguna de que hubiese mediado un vicio del consentimiento en el acto de vinculación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o una nota de protesto en el formulario de afiliación suscrito, lo que hace ver que su traslado fue libre, voluntario y ajustado a derecho. Además, que no cumple con los requisitos exigidos en la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse en cualquier tiempo.

Presentó las excepciones de 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado realizada por el señor ROBERTO ATUESTA ANZOLA identificado con C.C. No 19.241.832 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 13 de octubre de 1998 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

“SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ROBERTO ATUESTA ANZOLA, tales como; cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

“TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante el día 11 de diciembre de 1969, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información laboral.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que las normas laborales han realizado una evolución en el deber de información a cargo de las AFP en tres etapas, la primera de 1993 al 2009 que comprendía el deber de información simple, luego de 2009 al 2014 agregándole al deber aludido el buen consejo y finalmente del 2014 hasta la actualidad el cual recogió los dos anteriores y añadió la doble asesoría, clasificación que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido así como el alcance de cada uno de los períodos.

Sostuvo que es deber de las AFP el obtener el consentimiento informado del afiliado y que esto se logra solamente con la entrega de una información clara, cierta, comprensible y oportuna, además que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de ello. Por lo tanto, ante la falta de este deber existe la posibilidad de incoar la acción de ineficacia del traslado, en donde la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Administradora deberá probar que entregó de manera correcta la información debida al momento del traslado, pues es un despropósito imponer esa carga en la parte demandante.

Además, señaló que las múltiples afiliaciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no acreditar la intención de permanecer en tal régimen de manera informada y que no es necesaria la condición de ser beneficiario del régimen de transición para que sea concedida la ineficacia del traslado.

Descendiendo al caso en concreto determinó que al producirse el traslado de régimen el 13 de octubre de 1998 se debía haber brindado la información referente a los dos regímenes de manera clara y transparente por estar en el primer momento de la evolución del deber de información descrito en precedencia, situación que no fue acreditada por PORVENIR S.A. pues las únicas pruebas que allegaron para el efecto fueron las cotizaciones del demandante y el formulario de afiliación, del cual no se puede desprender que anterior a su firma se haya suministrado la información que correspondía, así como del interrogatorio no se deriva la confesión de que tuviese una plena conciencia de su elección de trasladarse.

Respecto de la solicitud de pensión declaró que no era procedente, puesto que derivada de la presente decisión judicial se produjo el traslado del actor nuevamente al régimen administrado por COLPENSIONES, en tal sentido esta última no cuenta con la totalidad del capital que respecta para conceder la prestación, por lo que hasta que tal situación no se consolide no se podrá cumplir con el pago de la prestación pensional.

III. RECURSO DE APELACION Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que no se accediera a la pretensión de la ineficacia del traslado, manifestando que se apartaba del precedente judicial referido por la *a quo*, pues en su sentir la carga probatoria debe atender al principio *onus*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

probandi y que según la sentencia C-086 de 2016 se ha establecido que la inversión de la carga de la prueba debe obedecer al agotamiento de todos los medios de prueba de los que dispone la parte que la ostenta en un principio, sin que deba aplicarse de manera automática solo por tratarse de una acción como la que se adelanta; además resaltó que de existir discrepancia entre las decisiones de las Altas Cortes, debe de decantarse por la Corte Constitucional según la sentencia C-634 de 2011.

En la misma línea, argumentó que se debe tener en cuenta la confesión del demandante del querer solicitar ante PORVENIR S.A. la pensión de vejez, dado que esto denota la aceptación de las condiciones de la AFP para el efecto y que no consumó el trámite solamente para obtener lo pretendido en su demanda de ineficacia, atendiendo el precedente actual de la Corte Suprema de Justicia sobre los pensionados la materia.

Por último, que al ser el Régimen de Prima Media con Prestación Definida distinto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en materia distributiva de sus recursos, COLPENSIONES se ve claramente afectada en su patrimonio, pues solamente los traslados de aportes no son suficientes para cubrir con la demanda de derechos pensionales, tomando en cuenta también que en los dos regímenes pensionales la asunción del riesgo, las cotizaciones y los gastos de administración difieren.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 13 de octubre de 1998 con PORVENIR S.A. (Fl. 72 – archivo 01. Expediente físico), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte del demandante, no se colige que haya confesado estar debidamente informado en el momento de la afiliación, de hecho expuso que la reunión fue en un principio de manera grupal y posteriormente individual para diligenciar el formulario junto con la asesora de PORVENIR S.A. y la persona encargada de recursos humanos, que la única información que les dieron era que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a liquidar, por lo que era necesario que se trasladaran a un fondo privado a fin de no perder la pensión, sin que en ningún momento haya advertido situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno.



Se debe precisar, que si bien el actor efectivamente sostuvo en su interrogatorio que había solicitado la pensión de vejez a PORVENIR S.A., tal situación no implica que ostente el estatus de pensionado ni mucho menos subsana la falta de información para el momento del traslado.

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

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



		recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado la AFP no probó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado de régimen.

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

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

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



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

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

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus



rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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



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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, como lo indicó la falladora de instancia.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES al haberse resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por esta, atendiendo a lo normado en el artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte recurrente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la demandada COLPENSIONES lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00755 01
Demandante: MIGUEL ANTONIO COBA BALLESTAS
Demandado: SISMEDICA S.A.S.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MIGUEL ANTONIO COBA BALLESTAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de SISMEDICA S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2016 hasta el 18 de mayo de 2018, en tanto la encartada se benefició de la labor profesional y personal que prestó el accionante como médico asistencial de ambulancia medicalizada.

Igualmente, se declare que laboraba 24 horas diarias, es decir, desde las 7:00 a.m. hasta las 7:00 a.m. del día siguiente; que el vínculo contractual finalizó sin justa causa por parte de la pasiva y que se le adeudan horas extras, dominicales y festivos, junto con las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones causadas por todo el tiempo laborado, además de la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria del artículo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

65 del C.S.T. y el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social del 1º de noviembre de 2016 hasta el 18 de mayo de 2018.

Por consiguiente, pretende que se condene a la convocada a juicio a pagar el auxilio de cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, horas extras, dominicales y festivos causados durante la vigencia de la relación laboral, además del pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria del artículo 65 de C.S.T., junto con las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, indicó que fue contratado por la accionada mediante un contrato de prestación de servicios el 1º de noviembre de 2016, como Médico Asistencial en la unidad medicalizada en los peajes de San Onofre, Tolú Sucre y San Antero, sin remuneración o beneficio alguno, precisando que sus servicios fueron prestados de manera personal.

Seguidamente, relató que el 18 de mayo de 2018 la pasiva le remitió carta terminando el contrato, el cual finalizó el día 31 de ese mismo mes y año. Mencionó que en dicha comunicación la accionada adujo como razón del finiquito el incumplimiento de sus obligaciones, por cuanto el 16 de diciembre de 2017 fue trasladado un paciente a Sincelejo en la unidad médica sin realizar la respectiva historia clínica y utilizando medicamentos como Midazolam, situación que ocurría en algunas ocasiones debido a la urgencia de la atención, observación que solo se efectuó después de 5 meses de ocurridos los hechos, sin que recibiera algún llamado de esa razón.

De otra parte, señaló que estuvo bajo continua subordinación por parte del coordinador y del supervisor asignado por la demandada, quienes impartían órdenes, controlaban el cumplimiento del horario, autorizaban cambios de turnos y eran a quienes se reportaban las novedades. Expuso que sus honorarios mensuales ascendían a \$4.000.000 a razón de turnos de 12 y 24 horas que se pagaban a \$200.000. y \$400.000, respectivamente. Además,



relató que su horario de trabajo fue de turnos de 24 horas, de 7:00 am a 7:00 a.m. del día siguiente, cada tres días, excediendo así la jornada máxima legal, ya que trabajaba hasta tres turnos a la semana, incluyendo festivos y dominicales, sin recibir remuneración por trabajo suplementario.

Narró que el lugar y los horarios para desarrollar sus funciones eran establecidos por la demandada, no ostentaba de sin autonomía alguna y para desempeñar sus funciones utilizaba elementos de propiedad de la accionada, tales como ventilador, desfibrilador, monitores y ambulancias. Igualmente, refirió que la encartada le proporcionó dotación y carné para desarrollar sus funciones, las cuales debía realizar en compañía de una enfermera y un conductor, quienes estaban vinculados laboralmente con la accionada; cargos todos que se relacionan con la atención en salud de los posibles heridos y/o afectados de accidentes de tránsito en el trayecto de la concesión Vial de Tolú Sucre.

Por otra parte, narró que la demandada le exigía afiliarse como trabajador independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, previo a la suscripción de los contratos, que le hacían descuentos mensualmente por retención en la fuente y por I.C.A. Finalmente, sostuvo que durante el tiempo laborado no le fueron reconocidas prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos ni festivos, y que el contrato es un formato previamente elaborado por la demandada que no admite modificaciones, estando obligado a asistir a jornadas de capacitación programadas por la empresa demandada, careciendo de autonomía dado que se encontraba sujeto al direccionamiento de la empresa contratante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SISMEDICA S.A.S. contestó el libelo genitor con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que entre las partes no existió un vínculo laboral, pues lo que medió fue un contrato de prestación de servicios de carácter civil, de modo que no proceden las pretensiones de condena al no ser propias de esta clase de contratos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica o innominada (Fls. 84 a 132 archivo 001).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada del 1º de noviembre de 2016 hasta el 18 de mayo de 2018.

En consecuencia, condenó a la sociedad accionada a pagar al actor \$9.287.500 por concepto de horas extras laboradas, dominicales y festivos; \$5.466.666 por indemnización por despido sin justa causa, \$6.200.000 por auxilio de cesantías, \$1.153.200 por intereses sobre las cesantías, \$6.200.000 por prima de servicios, y \$3.100.000 por vacaciones, absolvió de las demás pretensiones de la demanda y condenó al extremo pasivo al pago de costas y agencias en derecho.

Para arribar a tal conclusión, el fallador de instancia sustentó su decisión en el artículo 24 del C.S.T., el artículo 167 del C.G.P. y las sentencias con Radicado 79.216 de 25 de septiembre de 2019, que establecen algunos parámetros que diferencian los contratos de trabajo de los de prestación de servicios. Además, señaló que al haberse desempeñado el actor como profesional de la salud en vigencia del vínculo contractual, esto es, como médico, ello implica que deben tenerse en cuenta en el caso en particular las normas que regulan el subsistema de salud, pues así se expuso en sentencia con Radicado 84.666 del 14 de octubre de 2020, en la que se indicó que las controversias que se suscitan entre un profesional médico y una entidad prestadora de servicios de salud, se deben someter a las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Salud previstas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan y reglamentan, como la Ley 1164 de 2007 o ley de talento humano en salud.

De modo tal, que las instituciones aseguradoras o prestadoras de servicios de salud deben cumplir con la normativa que las regula, por lo cual,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

frecuentemente se ven compelidas a trasladar algunas de las obligaciones en quienes prestan el servicio de manera directa al paciente, como es el caso de los médicos.

Dicho esto, refirió el *a-quo* que en el proceso se encontraba acreditada la prestación del servicio por parte del actor a favor de la demandada, pues así fue aceptado por las partes según el hecho vigésimo cuarto, aspecto que también aceptó el Representante Legal de la pasiva en el interrogatorio de parte que rindió, quien dijo que el gestor se desempeñó como médico, cumpliendo determinados turnos de 24 horas, labor que realizó de manera personal, pues no podía enviar a otra persona a cumplirla ya que fue quien suscribió el contrato, motivo por el cual, opera la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T. en favor del actor, lo que conlleva a que se entienda que la prestación del servicio se dio en virtud de un contrato de trabajo.

Lo cual tiene como soporte el testimonio de RICHARD JULIO BERRIO, quien pese a haber sido tachado por la pasiva en atención a que también instauró demanda en contra de la pasiva, sus respuestas concuerdan con lo confesado por el Representante Legal de la accionada y las pruebas documentales que obran en el plenario, sin que se pueda decir lo mismo del testimonio de EFREN GOMEZ, pues solo atinó a mencionar el nombre del coordinador de la empresa y también sostuvo que nunca trabajó con el actor.

De modo tal, que al invertirse la carga de la prueba a cargo de la pasiva solo obran afirmaciones de la demandada sin soporte, además aseveró que el contrato de prestación de servicios señala que el contratante asignaba la ambulancia en la que el contratista prestaría sus servicios en el trayecto de la ruta del mar San Onofre, asignaba los turnos de 24 horas por medio del Coordinador FELIPE MENDEZ, quien les daba las instrucciones por teléfono o vía *whatsapp* y coordinaba los turnos; luego, dicho contrato no fue realizado de manera autónoma e independiente por parte del demandante, pues se encontraba subordinado frente a la demandada.

También aseveró que el actor debía estar disponible 12 o 24 horas, además de los formatos de programación de turnos que obran en el plenario y para



ausentarse debía tener un permiso del coordinador, lo que reafirma la subordinación, por lo que declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de noviembre de 2016 hasta el 18 de mayo de 2018, de acuerdo con lo establecido en el contrato de prestación de servicios y de la carta de terminación del contrato.

En cuanto al pago del trabajo suplementario que depreca el actor, dijo que de acuerdo con el artículo 167 del C.G.P., y la reiterada jurisprudencia, se ha decantado que los medios prueba que se aporten para tal fin deben permitir con total claridad analizar tal aspecto, en esa medida, señaló que el demandante aportó Formatos de Programación de Turnos que obran a folios 32 a 55, los que se reportaron mensualmente y de los que se observa que realizó turnos de 24 horas y solo en tres oportunidades lo fueron de 12 horas, además militan en el plenario las facturas de pago de cada uno de los turnos que previamente el demandante había reportado el actor, de modo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del C.S.T., únicamente los turnos que excedieron 144 horas en un promedio de 3 semanas, estableciendo que laboró 168 horas en dicho periodo, por lo que tasó la condena por tal concepto sobre un salario de \$4.000.000, determinando como monto de la condena la suma de \$9.287.500 por trabajo suplementario de horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos.

En cuanto al pago de la indemnización por despido sin justa causa, adujo el fallador de instancia que era carga del trabajador comprobar el hecho del despido y del empleador comprobar la justa causa que se invoca, encontrando acreditado el presupuesto en cabeza del actor con la carta de 18 de mayo de 2018 a través de la cual le fue terminado el contrato de prestación de servicios, en la que la pasiva señaló como motivo del finiquito el traslado de un paciente el 16 de diciembre de 2017 sin la elaboración de la Historia Clínica, luego, expuso el fallador de instancia que tal hecho debía ser analizado como si fuese la terminación de un contrato de trabajo, es decir, de acuerdo a lo normado en el artículo 62 del C.S.T., más específicamente el numeral 6º de dicho precepto legal que señala que cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Norma que consagra dos posibilidades de dar por terminado el contrato de trabajo, según lo indicado en sentencia con Radicado 82.799 de 1º de junio de 2022, por ende, advirtió que en el plenario no se aportó ningún reglamento o pacto en el que se endilgara con falta grave el actuar que enrostró la pasiva como causa del despido, de ahí que, al haber ocurrido tal conducta solo una vez y no haber causado ningún perjuicio para el empleador, pues tal situación no fue demostrada en el trámite procesal, a lo que se suma que al actor no se le dio la oportunidad de ser escuchado en descargos, es evidente la falta de consonancia, equilibrio e inmediatez entre la ocurrencia del hecho y la sanción aplicada. Razón por la cual condenó a la pasiva a pagar la suma de \$5.466.666 por indemnización por despido sin justa causa.

Frente al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causados por todo el tiempo laborado, adujo que al haber considerado la demandada que el contrato era de naturaleza civil y no laboral, era lógica la falta de pago de tales emolumentos, por lo que ordenó el pago de los mismos, sobre un salario de \$4.000.000. De otra parte, señaló que la condena deprecada por pagos a salud y pensión, no eran procedentes al no haber sido solicitado el reembolso de los pagos sufragados por el actor en salud y pensiones, por lo que no había lugar a emitir condena en tal sentido, tampoco se demostró la ocurrencia de un siniestro para que opere el pago de los aportes a la ARL, absolviendo de tales pedimentos.

Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., dijo que la demandada creyó estar bajo un contrato de prestación de servicios de carácter civil, por lo que no pagó las obligaciones que se generaron a razón del contrato de trabajo, por ende, no evidenció un actuar de mala fe de la demandada, absolviendo de tal pedimento, lo que conllevó a que se relevara del estudio de las excepciones propuestas por la demandada. Por último, condenó al pago de las costas y agencias en derecho a la pasiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Radicó su disenso frente a la absolución del pago de la sanción moratoria, aduciendo que fue claro que la demandada estableció una fachada para ocultar la existencia del contrato de trabajo, denominando el contrato de trabajo como de prestación de servicios para eludir el pago de las acreencias laborales, es por ello que sí existe un actuar de mala fe de la pasiva en la contratación.

Por su parte la demandada en la alzada expuso su inconformidad respecto a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, pues si bien existe la presunción legal lo cierto es que el contrato se ejecutó de manera autónoma e independiente, máxime cuando se trata de una actividad en la que el médico tiene unos parámetros legales que cumplir, tan es así que nunca reclamó pagos de naturaleza laboral. Aunado a que se le suministró una ambulancia para prestar sus servicios profesionales y el hecho que se establecieran turnos derivó por cuanto el objeto del contrato era prestar los servicios médicos por accidentes en la vía, lo cual requiere inmediatez, aspectos que se encuentran regulados por la ley, siendo esas directrices a las que se debe ceñir el contratante y no a lo dicho por el contratante, existiendo así evidencia que da cuenta de la autonomía e independencia con que pudo ejecutar el contrato.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, dijo que la falta de diligenciamiento de la historia clínica, situación que confesó el demandante, es una obligación de carácter legal, luego no es una imposición del contratante, de modo que es una falta grave consagrada por la ley en el ejercicio de la medicina según las Resoluciones 8430 de 1993 y 1995 de 1999, motivo por el que solicita la revocatoria de las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia al no existir la subordinación del artículo 23 del C.S.T..

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problemas jurídicos a resolver si entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo; y si procede la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria establecidas en el artículo 65 del C.S.T.

c. De la Existencia del Contrato de Trabajo:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, procede esta Colegiatura a verificar si el fallador de instancia erró al declarar la existencia de un contrato laboral entre las partes, en tanto, la pasiva o no desvirtuó el elemento subordinación.

Al respecto, advierte la Sala que no es objeto de controversia en esta instancia que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, el cual estuvo vigente entre el 1º de noviembre de 2016 y el 18 de mayo de 2018, cuyo objeto era la prestación de servicios como médico asistencial por parte del actor a favor de la sociedad accionada, aspectos que fueron aceptados desde la contestación de la demanda según se advierte de la respuesta que ofreció el extremo pasivo a los hechos 1º, 2º y 4º del libelo introductorio y las documentales que reposan a folios 29 a 31 y 91 del archivo 001 del expediente digital, contentivas del aludido contrato de prestación de servicios y de la carta de terminación del mismo adiada el 18 de mayo de 2018.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Así las cosas, cabe memorar que de antaño se ha dicho que una vez acreditada la prestación personal del servicio opera la referida presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.; de modo que el operador judicial no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 34223 de 13 de abril de 2010:

“Para la Corte es claro que, si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley.”

Ahora, el órgano de cierre de esta especialidad al referirse a dicha presunción en profesiones de las llamadas liberales, ha indicado que igualmente opera, así lo expuso en sentencia SL4347-2020, Radicación No. 84666 de 14 de octubre de 2020:



“Ahora, como quiera que la defensa de la recurrente centra buena parte de su alegación en el carácter liberal de la profesión del médico, es preciso recordar que sobre el particular esta Sala de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que ninguna actividad profesional de las llamadas liberales que se desarrollen en virtud de un contrato civil o comercial, está exenta de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que esta opera, sin excepción o distinción, en «toda relación de trabajo personal» regulada por dicho estatuto (CSJ SL225-2020).

“Además, la Corte ha aplicado la presunción de existencia de contrato de trabajo en profesiones liberales y en contratos civiles o comerciales, sin distinción en cuanto al sector público o privado, la naturaleza de las funciones, y sin exigir requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal y subordinada del servicio, como, entre otras, en las siguientes sentencias: CSJ SL4816-2015, CSJ SL6621-2017, CSJ SL13020-2017, CSJ SL2885-2019 y en la CSJ SL981-2019.”

No obstante lo expuesto en precedencia, considera la Sala oportuno traer a colación lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en la que hizo algunas precisiones respecto a la subordinación en la relación laboral, así:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada”

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Bajo ese escenario, procede esta Colegiatura a analizar las pruebas recaudadas en el presente proceso, advirtiendo que además del contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y la accionada el 1º de noviembre de 2016 y la carta de terminación del contrato de 18 de mayo de 2018 a los que se hicieron alusión anteriormente, reposan en el plenario los siguientes documentos relacionados con el actor:

Hoja de Vida Sismedica, Formulario de Registro Único Tributario e Inducción de Personal, Consentimiento Informado, Certificación emitida por la encartada el 18 de mayo de 2018, el que indica que el demandante estuvo vinculado con esa sociedad mediante un contrato de civil de prestación de servicios como médico, de noviembre de 2016 a mayo de 2018, también obra certificación proferida por la accionada en el mismo sentido el 24 de febrero de 2017, en el que además se establece que el valor promedio mensual de honorarios asciende a \$3.800.000, certificación con funciones desarrolladas por el accionante de 5 de diciembre de 2017; misiva dirigida a los contratistas por parte de SISMEDICA S.A.S. el 9 de octubre de 2017, en la que informan de la aplicación del “SG-SST Decreto 1072 Resolución 1111”; examen médico ocupacional, acta de Entrega de Dotación y Elementos de Protección Personal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- Inicio de Operación, Formatos de Programación de turnos y Facturas de pago de los mismos, de junio de 2017 hasta mayo de 2018 y cinco fotografías en las que aparece el actor con dotación de la accionada. (Fls. 19 a 21, 23, 25, 27, 33, 34, 35 a 37, 38 a 40, 42, 43, 45 a 90 y 99 a 100 - archivo 001).

De otra parte, el Representante Legal de la demandada SISMEDICA S.A.S., señor LUIS ALEJANDRO ACUÑA GARCIA, en el interrogatorio de parte indicó que el actor fue contratado para prestar sus servicios profesionales como médico, y que por disposiciones de tipo legal y de seguridad debía portar un uniforme como en cualquier IPS, el que era proporcionado por esa accionada. Además, señaló que el gestor suministraba una serie de turnos que eran los que se comprometía a prestar, de modo que debía estar pendiente de cualquier accidente que ocurriera en la vía, y que el médico reportaba su asistencia a la central de operaciones de la empresa.

De otra parte, expuso que los servicios que contrata esa empresa con el Concesionario, consiste en una asistencia de transporte medicalizada, lo que implica que existe una ambulancia con todo el equipo médico, los cuales son de propiedad de esa demandada. Refirió que no estaba seguro que el actor hubiese participado en capacitaciones y que no había un coordinador que impartiera instrucciones al promotor para desarrollar su labor, por lo que era autónomo en el ejercicio de su profesión como médico. Reiteró que los turnos los escogía el actor y los informaba a la empresa, como se colige de las planillas que aportó con la demanda.

Igualmente, mencionó que el demandante no podía dejar de asistir a su jornada de trabajo a prestar sus servicios, por cuanto tenía un contrato civil de prestación de servicios como médico, además el contrato establecía que el actor debía permanecer en la ambulancia pendiente de cualquier incidente que se pudiese presentarse en la vía.

A su turno, el demandante MIGUEL ANTONIO COBA BALLESTAS manifestó en la declaración de parte que rindió ante el Juzgado de origen que celebró un contrato de prestación de servicios con la pasiva el 1º de noviembre de 2016, con el objeto de prestar servicios profesionales como médico asistencial en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

una ambulancia que se ubicaba en el municipio de San Onofre, y que en uno de los artículos de dicho contrato se estableció que el mismo era de naturaleza civil y no laboral, pero ello se desvirtuó en tanto debía cumplir horarios y recibir instrucciones del supervisor de nombre FELIPE MENDEZ y asistir a capacitaciones, además recibía dotación de la accionada. Adujo que no podía delegar la prestación del servicio a personal ajeno a la empresa, y debía reportar su ingreso y salida a la Concesionaria Ruta del Mar y al supervisor de la empresa demandada.

Que el 7 de cada mes debía entregar una planilla a la empresa reportando los turnos realizados en el mes anterior para la liquidación, cuyo pago se realizaba entre el 20 y el 25 de cada mes, para lo cual igualmente debía verificar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y el Supervisor revisaba que efectivamente se hubiesen cumplido tales turnos; de esa forma presentaba cuenta de cobro para el pago de los honorarios según un formato que le había suministrado Recursos Humanos con el logo de SISMEDICA para tal fin, acotando que eran dos formatos, el de turnos y el de la factura; también indicó que ingresó el 1º de noviembre de 2016 en la base del peaje de San Onofre, después pasó a la base de Tola Coveñas y después a San Onofre, sin que se hubiese concertado tal aspecto.

Enfatizó que el 17 de mayo de 2018 asistió a su turno de 24 horas y siendo las 8:00 am del día siguiente se le informó la terminación del contrato, sin previo aviso ni justificación alguna.

El testigo RICHARD JULIO BERRIO sostuvo que laboró del 1º de diciembre de 2015 hasta el 30 de junio de 2017 para la demandada SISMEDICA en un peaje de Palo Alto Sucre en una ambulancia como médico, atendiendo accidentes que se presentaran en la vía, los que eran supervisados por el señor FELIPE MENDEZ; detalló que trabajaban 24 horas cada tres días y que eran supervisados vía telefónica o presencialmente; además a le reportaban la entrada y salida del turno y los cambios o reemplazos, los que solo se podían hacer con la anuencia de aquel.



Que él siempre presto sus servicios en San Onofre, y que el actor empezó a laborar después de él en ese mismo peaje, siendo posteriormente trasladado de peaje; adujo que eran tres médicos en turnos de 24 horas y nunca estuvieron en el mismo turno; de la misma forma señaló que pasaban cuentas de cobro las que eran verificadas por el supervisor y se solucionaban previo pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Que la coordinación de los turnos la realizaba el señor FELIPE MENDEZ y una vez asignado el turno no se podían ausentar del lugar de prestación de servicios; narró que los auxiliares y los conductores si estaban vinculados mediante contrato laboral. Que asistieron a capacitaciones y reuniones de forma obligatoria y de no asistir les llamaban la atención.

De otro lado, el testigo EFREN GÓMEZ ALCÁZAR dijo que laboró como conductor de ambulancia para la demandada SISMEDICA S.A.S., sin recordar la fecha exacta, empero, dijo que laboró con el actor el cual era médico en el peaje La Caimanera en turnos de 24 horas y que el declarante siempre permaneció en el mismo peaje; refirió que cuando había un siniestro se comunicaban con el supervisor de nombre FELIPE MENDEZ y la Concesión, los cuales autorizaban la salida; que si se tenían que ausentar debían informar primero al Supervisor; adujo que el gestor usaba dotación de uso obligatorio y que no supo de llamados de atención.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equívoco, de acuerdo con lo previsto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que el promotor de la litis prestó sus servicios como Médico Asistencial para SISMEDICA S.A.S. del 1º de noviembre de 2016 al 18 de mayo de 2018 como quedó ampliamente probado en el trámite procesal como viene de verse.

De otro lado, debe señalarse esta Colegiatura que al analizar el material probatorio recaudado en el trámite procesal no se puede concluir que se haya desvirtuado la subordinación que se desprende de la aplicación del artículo 24 del C.S.T., la que igualmente se aplica a las profesiones liberales como la medicina según se explicó anteriormente; ello por cuanto el Representante Legal de la pasiva manifestó que el actor debía portar el uniforme que esa



demandada le suministraba para desarrollar sus funciones y que la ambulancia y los equipos médicos que usaba para prestar sus servicios eran de propiedad de la accionada, también adujo que no podía ausentarse o dejar de asistir a su jornada de trabajo, pues el mismo contrato que suscribieron las partes así lo imponía, aspecto este último que efectivamente se colige de la cláusula séptima de dicho documento y de la certificación de 5 de diciembre de 2017 emitida por la accionada, en donde se detallan el cumplimiento del actor de algunos de estos aspectos.

Aspectos que fueron reiterados por el testigo RICHARD JULIO BERRIO, quien también laboró como médico para la demandada y era quien recibía el turno al gestor, el cual confirmó lo atinente al uso y suministro del uniforme y que los turnos que debían cumplir con el actor eran coordinados y controlados por el Supervisor FELIPE MENDEZ, sin que ellos pudiesen hacer modificaciones o incumplir el horario, no podían delegar su labor a en tercero ajeno a la accionada, tal como lo sostuvo el actor en el interrogatorio de parte que depuso, advirtiéndose que *a contrario sensu* a lo que señaló el Representante Legal de la demandada, el actor no era quien escogía los turnos, máxime que los formatos en los que se indicaban los turnos y se hacia el cobro de los mismos eran formatos que también suministraba la pasiva.

Testigo del que resulta creíble su dicho, por cuanto prestó sus servicios para la pasiva desempeñado el mismo cargo que el gestor, y eran quien recibía turno a aquél, de ahí que le consta las condiciones en las que se desarrollaron los contratos pactados con la encartada, de modo que la tacha propuesta por la accionada no resulta avante como lo dedujo el fallador de instancia.

Además, si bien el testigo EFREN GÓMEZ ALCÁZAR no recordó la fecha en la que laboró para la demandada, fue contundente en señalar que había laborado con el actor en varios turnos, y que cuando ocurría un siniestro se comunicaban con el supervisor FELIPE MENDEZ y la Concesión, los cuales autorizaban si la atendían, que si se debían ausentar debían informar primero al supervisor, lo que denota la falta de autonomía del éste en cualquier decisión que impactara directamente su gestión.



Bajo ese escenario, es palmario que el promotor de la litis debía cumplir un horario, no podía ausentarse de su sitio de trabajo sin previo consentimiento del Supervisor designado por la enjuiciada, menos aún podía delegar la prestación del servicio y además debía atender instrucciones de la encartada, debía asistir a capacitaciones y usar el uniforme que le suministró, so pena de llamados de atención, situaciones que dejan en entredicho la calidad de verdadero contratista autónomo e independiente. Y es que si bien en los contratos prestación de servicios es posible acordar horarios o algunos parámetros para llevar a cabo la actividad pactada, sin que ello implique que se trata de una relación de trabajo subordinada, tales circunstancias no deben desbordar la naturaleza del acuerdo contractual, como se advierte si pasó en el caso de marras, lo que a las claras denota la subordinación sin plena autonomía e independencia del actor frente a la demandada.

Por otro lado, el hecho que el actor no haya reclamado durante la vigencia del contrato la existencia o el pago de acreencias de índole laboral, no desvirtúa la presunción legal que existente en su favor, como lo alega la demandada en su apelación, máxime cuando en muchas ocasiones el trabajador se ve compelido a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del trabajo por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia según se ha reseñado, entre otras, en sentencia CSJ SL8652-2016.

Tales conclusiones son las que no dejan otro camino a esta Sala de Decisión, que la de confirmar la sentencia de primer grado en tal sentido, en tanto, la enjuiciada SISMEDICA S.A.S., no logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.

d. Indemnización por Despido Sin Justa Causa.

Manifiesta la demandada su inconformidad frente a la imposición de la indemnización por despido sin justa causa, dado que el actor confesó que dejó de diligenciar una historia clínica, lo cual es una obligación de carácter legal que constituye una falta grave consagrada en la ley.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se debe advertir que en tratándose de la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias CSJ SL18082-2016, CSJ SL SL8825-2017, SL2053-2020, Radicación No. 79903 de 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021 y SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021; entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste al demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., el despido se acreditó a plenitud como quiera que se allegó al plenario la carta de terminación del contrato civil de prestación de servicios que expidiera la encartada el 18 de mayo de 2018 (Fls. 91 archivo 001), documento que por demás no fue refutado de falso; circunstancia por la cual, le ataña a empleador comprobar la justa causa endilgada.

En esa medida, se advierte que el citado documento señala:

"La compañía Sismedica S.A.S ha decidido terminar su contrato civil por prestación de servicios con base en los siguientes motivos.

"Incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues el día 16 de diciembre de 2017 trasladó a un paciente hacia la ciudad de Sincelejo en la UM 125 un total de 60 km aproximadamente sin hacer la respectiva Historia Clínica y utilizando medicamentos como Midazolam, líquidos apósticos etc. Se debe mencionar que este medicamento (Midazolam) no se puede justificar en gasto precisamente por no realizar la respectiva Historia Clínica.

"Si bien usted como contratista de nuestra compañía posee libertad en cuanto al ejercer su profesión como médico, este tipo de omisiones genera graves riesgos para la Compañía, pues el diligenciamiento de documentos como la historia clínica que son propios de obligaciones legales no sólo conllevan los datos del paciente, sino la atención prestada por el médico, cuestión que debido a su conducta no se podrá verificar, lo cual será un perjuicio grave a nuestra compañía en caso de una eventual reclamación judicial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El no cumplir con su servicio como médico con la pericia propia de su profesión es un claro incumplimiento contractual que la empresa no puede pasar por alto, por lo que se ha decidido terminar su contrato civil por prestación de servicios de forma unilateral a partir del 18 del mes de mayo 2018”.

Al respecto, se observa que el actor en el hecho 5º de la demandada al referirse a la citada causa de terminación del contrato, señaló que era una “*situación que ocurría en ocasiones debido a la urgencia de la atención*”, de la misma forma, y en el hecho 6º de la demanda indicó que no era de recibo esta supuesta justificación, toda vez que no solo se hizo la observación después de 5 meses a los hechos ocurridos, sino que jamás se le hizo llamados de atención por lo ocurrido, ni observaciones al respecto.

Por su parte, el fallador de instancia emitió condena en tal sentido aduciendo que al haber sido la causa del finiquito el traslado de un paciente el 16 de diciembre de 2017 sin la elaboración de la Historia Clínica, esa situación debía ser analizada como si fuese la terminación de un contrato de trabajo, según lo normado en el numeral 6º del literal A) del artículo 62 del C.S.T. modificado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que señala como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

“6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

Señaló que en el trámite procesal no se aportó ningún reglamento o pacto en el que se endilgara con falta grave la falta de diligenciamiento de la historia clínica, además que fue una conducta que solo ocurrió una vez y no se acreditó ningún perjuicio por parte de la pasiva, aunado a que al accionante no se le dio la oportunidad de ser escuchado en descargos, siendo evidente la falta de consonancia, equilibrio e inmediatez entre la ocurrencia del hecho y la sanción aplicada.

En el interrogatorio de parte el actor indicó que el 17 de mayo de 2018 asistió a su turno de 24 horas y siendo las 8:00 am del día siguiente, es decir, el día 18



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del mismo mes y año, se le informó la terminación del contrato, sin previo aviso ni justificación alguna.

En tal sentido, se advierte que el fallador de instancia analizó la conducta endilgada por la demandada para finalizar el vínculo contractual, conforme lo reseñado en el literal a) del numeral 6º del artículo 62 del C.S.T., modificado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, aspecto que no fue reprochado por la enjuiciada en su alzada. Puestas así las cosas, vale la pena destacar que para el análisis de la finalización de un contrato de trabajo, de acuerdo con la norma en cita se tiene que dicha disposición normativa, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justa causas para la terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que la segunda se circscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Bajo esta óptica, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sí se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

“Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...’

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...’

“Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenercer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal” (Subraya la Sala).”



Así entonces, de entrada advierte la Sala que si bien la omisión endilgada por la demandada al actor podría encuadrarse como una falta grave en aplicación a lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 62 del C.S.T., en tanto la Historia Clínica es un documento de vital importancia para la prestación de los servicios de salud y de obligatorio diligenciamiento, más aún en tratándose de un profesional de la medicina como es el caso del actor, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2º y 4º de la Resolución No. 1995 de 1999 proferida por el Ministerio de Salud.

Ahora, tal como lo indicó el *a-quo* no existe documento alguno que permita colegir que una de la falta de diligenciamiento de la Historia Clínica era considerada un falta grave que diera cabida a la terminación del contrato, pues la cláusula sexta del dicho documento solo señala *“Teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones del CONTRATISTA, se encuentra el diligenciar correctamente y dentro de los parámetros de oportunidad y calidad, la información, los formatos, guías y documentos que requiera el CONTRATANTE, y en caso de existir daños ocasionados intencionalmente, o perdida de los equipos que hacen parte integral de la dotación e inventario de las Ambulancias de SISMEOICA LTDA., se descuente de los honorarios que percibe EL CONTRATISTA.”*, aspecto que si bien si se indica en el numeral 6º de la certificación de funciones emitida al actor por la demandada de 5 de diciembre de 2017, no se habla de que tal incumplimiento conlleve una falta grave que de fin al contrato (Fl. 35 a 37 archivo 001).

Además, tampoco obra pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento en el que se estipulan esa infracción con dicho calificativo, como lo advirtió el fallador de primer grado, de modo que no se logró demostrar que el despido se hubiese ajustado a derecho, pues nótese que analizadas los diferentes medios de prueba en conjunto, nada se acreditó frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre lo verdaderamente sucedido frente a la presunta configuración del despido, aunado a que no se evidencia que la pasiva haya llamado a rendir descargos al actor por el hecho en cuestión, o que de diciembre de 2017 a mayo de 2018 haya adelantado alguna investigación frente al incumplimiento endilgado, siendo evidente la falta de inmediatez entre la ocurrencia del supuesto hecho y la terminación, tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como lo señaló el *a quo*, lo que conlleva a confirmar la condena impuesta a la demandada por la indemnización por despido sin justa causa.

e. De la Indemnización Moratoria:

Aduce el demandante en su alzada, que la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. es procedente ya que es claro que la encartada estableció una fachada para ocultar la existencia del contrato de trabajo, denominándolo como uno de prestación de servicios para eludir el pago de las acreencias laborales, lo que denota un actuar de mala fe, por lo que solicita se condene al pago de la referida indemnización.

Al respecto, huelga memorar que la finalidad este tipo de indemnizaciones es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, de modo que la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, debe precisar la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria, debe memorarse lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1º de marzo de 2017, en la que señaló:

“Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

“Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción (...) del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.”

Reiterándose que la imposición de dichas sanciones debe estar precedido de un análisis acorde con las particularidades de cada caso, conforme se ha señalado entre otras, en sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020. Además, ha dicho el Alto Tribunal que la simple afirmación del empleador de tener la creencia de estar regido por una forma de vinculación diferente a la laboral, no lo exime de la imposición de la sanción moratoria, así lo expuso en sentencia SL1433-2022, Radicación No. 88526 de 3 de mayo de 2022:

“[...] Por tanto, si la subordinación jurídica no solo fue determinada en virtud de la presunción legal derivada de la prestación personal del servicio, sino también reafirmada probatoriamente dentro del proceso, no es posible inferir por parte de esta Sala que el incumplimiento de las obligaciones laborales a favor de la actora a la terminación del contrato, presupuesto de la indemnización del artículo 65 del CST, se debió al convencimiento pleno de la sociedad demandada de que el contrato que la ligó con la actora fue de carácter civil, pues el ejercicio de su parte de actos de subordinación contradicen la supuesta convicción de hallarse vinculada con la demandante mediante una relación civil. (CSJ SL587-2013).”

De igual manera, en sentencia SL1233-2022, Radicación No. 86905 del 6 de abril de 2022, señaló:

“b. Sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo



“Sabido es que la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no opera de manera automática. En cada caso, es menester auscultar los medios de convicción, con el fin de verificar si el empleador actuó asistido de buena fe (CSJ SL9641-2014, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL18619-2016). Por ello, si se prueban razones que justifiquen el impago, no procede la imposición de esta medida.

“Un estudio cuidadoso de los hechos acreditados en el proceso, lleva a la Sala a concluir que no existieron motivos válidos, ni plausibles, para que Sanitas S.A. se abstuviera de pagar las prestaciones sociales al accionante. No es creíble el argumento de la certeza que le asistía de que la prestación personal del servicio del demandante hubiera sido autónoma o independiente, pues las funciones que desempeñó durante más de 11 años continuos, hacían parte esencial de un proceso inherente y fundamental al objeto social de la compañía, como por ejemplo la atención de los servidores del Banco de la República, con quien la entidad de salud tenía un acuerdo comercial.

“Como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, como parte débil de la relación y por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, muchas veces, el trabajador se ve obligado a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen el mundo del trabajo. Desde luego, ello no altera la verdadera naturaleza del vínculo, ni deslegitima la reclamación de sus derechos en sede judicial (CSJ SL8652-2016, CSJ SL15498-2017 y CSJ SL4344-2020).

Acorde con lo anterior, se destaca que a juicio del juez de primer grado la imposición de la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T., no era atendible, pues consideró que la pasiva actuó de buena fe ya que creyó estar ejecutando un contrato civil de prestación de servicios, motivo por el cual no pagó las obligaciones laborales a su cargo.

De cara a lo anterior, se observa que el demandado al contestar el libelo genitor, en los hechos y pretensiones dijo que vinculó al gestor mediante un contrato civil de prestación de servicios, aspecto que *per se* no denota un actuar de buena fe, sin que haya aportado prueba alguna distinta del contrato de prestación de servicios que corrobore la convicción de haberse ejecutado una actividad autónoma e independiente. Por el contrario, se evidencian plenamente los actos de subordinación que conllevaron a la declaratoria del contrato de trabajo deprecado, siendo evidente para la Sala el actuar desprovisto de buena fe de la sociedad accionada ante las obligaciones que como empleador de incumbían evadiendo así la ley laboral, razonamientos que compelen a esta Colegiatura a revocar la decisión del juez de instancia, para en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

su lugar, condenar a la demandada SISMEDICA S.A.S. al pago de la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.T.S.

Acorde con lo anterior, se tendrá como último salario base devengado la suma de \$4.000.000., monto sobre el cual el fallador de primer grado tasó las demás condenas que impartió, sin que se evidencie inconformidad de las partes sobre ese particular. Por tanto, al haber sido determinado como extremo final del contrato el 18 de mayo de 2018 y haberse interpuesto la demanda el 31 de octubre de 2019, es decir, que no transcurrieron 24 meses entre una y otra fecha, según se colige de la hoja de reparto de folio 2 del archivo 001.

En consecuencia, se condena a la demandada a pagar la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., del 19 de mayo de 2018 al 18 de mayo de 2020 en suma de \$96.000.000, y a partir del inicio del mes 25 deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas respecto de las cuales emitió condena por los concepto de cesantías y prima de servicios.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada SISMEDICA S.A.S.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada SISMEDICA S.A.S., a pagar al actor la indemnización del artículo 65 C.S.T. en suma de \$96.000.000, y a partir del inicio del mes 25 deberá cancelar intereses



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas respecto de las cuales se emitió condena por los concepto de cesantías y prima de servicios, de conformidad con los argumentos referidos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada SISMEDICA S.A.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la accionada, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 05 2021 00095 01**
Demandante: LUZ MIREYA CUESTAS CASTILLO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MIREYA CUESTAS CASTILLO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare nulo el acto jurídico mediante el cual se realizó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se ordene a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos, rendimientos financieros y demás sumas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que haya recibido con ocasión de su vinculación a ese fondo de pensiones. Igualmente, solicita se ordene a COLPENSIONES la acepte como afiliada en el régimen que administra y reciba las sumas anteriormente referidas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y que el 1º de mayo de 2000 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., sin recibir información completa, clara y de fondo por parte de esa administradora sobre las condiciones financieras y jurídicas de ambos regímenes pensionales, así como las ventajas y desventajas de cada uno; además, omitió mencionar que una parte de su aporte se destinaría al pago de primas de seguros para atender las prestaciones de invalidez y muerte, la contratación de la renta vitalicia y los gastos de administración, entre otros aspectos, deducciones que generaron un decrecimiento en su pensión.

Adicionalmente, expuso que no se le informó sobre el derecho de retracto, como tampoco los factores a tener en cuenta para liquidar su mesada pensional, ni se le efectuó una proyección de la misma, luego, al no tener conocimiento de tales aspectos se vio viciado su consentimiento, siendo inducida en error en la escogencia de régimen, lo que colleva la ineficacia del acto jurídico. De otro lado, adujo que elevó reclamación ante las encartadas el 22 de octubre de 2019 solicitando el traslado de régimen, sin que se hayan emitido respuesta sobre el particular. (Archivo 002).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al suscribir el formulario de afiliación al fondo privado de manera libre, consciente y voluntaria. Igualmente, sostuvo que la gestora se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las Entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Archivo 005).

A su turno, PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentando que la vinculación de la gestora a ese Fondo fue producto de su voluntad y su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales, por ende, el traslado es válido. En ese sentido, no es procedente decretar la ineficacia referida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no se acreditaron los presupuestos que dan cabida a la aplicación de dicho precepto legal. Máxime cuando la actora está inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 007).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de abril de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora LUZ MIREYA CUESTAS CASTILLO, a través de PORVENIR S.A.

"SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.



Para arribar a dicha conclusión, refirió el *a quo* en inicio que era menester determinar la viabilidad de la nulidad del traslado de régimen pensional deprecado por la actora, para lo cual trajo a colación la sentencia emitida por la Corte Constitucional C-345 de 2017, la que abordó que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, por el dolo o la fuerza afectan la libertad de escogencia.

Así entonces, los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada, por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento, creando una apariencia de realidad que es discordante con la realidad del negocio jurídico o, lo que es más, coaccionan al sujeto para someterlo a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad.

Seguidamente refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha creado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de 2019 y la SL1688 de 2019, en las que ha precisado en estos asuntos no procede la declaratoria de la excepción de prescripción y que la carga de la prueba radica en cabeza de las administradoras de pensiones las cuales tienen el deber de demostrar en estos juicios la información que se le brindó al afiliado respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, entre otros aspectos, lo cual no se probó en el *sub-examine* según se desprende de las probanzas recaudadas en el trámite procesal.

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición o hayan cumplido requisitos para pensionarse, pues todos los ciudadanos deben ser depositarios y destinatarios de la misma información, sin tener en cuenta tal situación. De ahí que los formatos de afiliación no son pruebas conducentes a fin de determinar la existencia de un consentimiento informado.

Destacó que en un comienzo la Corte Suprema de Justicia ha abordado el problema desde la perspectiva de la nulidad, mutando posteriormente su criterio al de la ineficacia del traslado; precisando que ese Despacho mantiene la tesis de la nulidad relativa, es decir, saneable si se demuestra que se le brindó información al afiliado, deber que al estar en cabeza de las administradoras de pensiones si no es acatado, configura un vicio de consentimiento por omisión siendo posible demostrar el error



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de hecho, lo que conlleva a declarar la nulidad que se pretende, condenando en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. en su alzada solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, aduciendo que le brindó a la demandante la información necesaria en el año 2000, la cual fue completa, clara y comprensible, no obstante, se declara la nulidad de la afiliación sin que exista ningún error o vicio del consentimiento, que hubiera sido declarado dentro del trámite procesal, en cuanto a la omisión que señaló el fallador de primera instancia.

Además, reiteró que siempre ha cumplido con el deber legal de información, refiriendo que en el año 2000 no existía un documento adicional que fuese posible aportar al expediente para demostrar la información entregada a la promotora, más si se tiene en cuenta que en el interrogatorio señaló que no hizo ningún tipo de pregunta al asesor del fondo, el que entendió que no le había quedado ninguna duda al respecto.

En cuanto a la nulidad adujo que puede ser saneada por ratificación y por el paso del tiempo según el artículo 1756 del C.C., sin embargo, ello no fue analizado por el fallador de primera instancia. Finalmente, manifestó su disenso frente a la condena en costas la cual aduce que fue desproporcionada, ya que no se tuvo en cuenta que cumplió con su deber de información y no se impuso ninguna carga probatoria a la actora, motivos por los que solicita se le absuelva de las pretensiones elevadas en su contra.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Acorde con lo anterior, si bien se advierte que el fallador de instancia abordó el estudio del caso bajo el régimen de las nulidades, lo cierto es, que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha reiterado entre otras en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, que *“El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019”, por lo que el caso de marras será analizado siguiendo el sendero trazado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que “ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 31 de marzo de 2000 a PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 68 y 70 archivo 007), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la actora en su declaración indicó que el asesor de PORVENIR S.A. le indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que obtendría un a mayor mesada pensional, sin brindar más información. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.



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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales"*.

Así las cosas, la Sala concluye que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia la cual impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, deber que no se encontró cumplido por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio, lo que impone declarar la ineficacia del traslado contrario a lo aducido por dicha demandada en su alzada.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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



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

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

Respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto."

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

En cuanto al valor que determinó el juez de primer grado por tal concepto, y frente al cual el fondo privado manifiesta su inconformidad, debe tenerse en cuenta que la oportunidad procesal para atacar el monto impuesto, es el indicado en el numeral 5º del artículo 366 del C.G.P., de ahí que esta Colegiatura no ahondará sobre el particular.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S.A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima"



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 6 de abril de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la afiliación efectuada, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes, rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

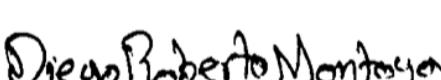
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

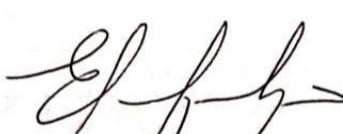
CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

QUINTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

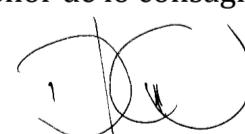

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de PORVENIR S.A., el cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral **1100131050 15 2018 697 01**
Demandante: **ANA LENIX MONTOYA ALFONSO**
Demandado: **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA.**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

La parte demandante por intermedio de apoderado y mediante correo electrónico, presentó memorial el 6 de junio de 2022 desistiendo del recurso de apelación interpuesto con ocasión de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en los artículos 315 y 316 del C.G.P., se **ACEPTA** el desistimiento formulado por la parte demandante, sin efectuar condena en costas.

A pesar de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, por cuanto las pretensiones formuladas fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., precisándose además que mediante proveído adiado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el 9 de mayo de 2021, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, por lo que en la actualidad procede la Sala a proferir la sentencia que en derecho corresponda, por lo que en la actualidad el término para alegar de conclusión se encuentra satisfecho, satisfaciéndose así el debido proceso de que trata el artículo 29 constitucional.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA LENIX MONTOYA ALFONSO promovió demanda laboral en contra de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA, a fin que se declare que el Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado suscrito el 1º de julio de 2009 con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, el cual finalizó el 28 de noviembre de 2017, fue simulado; de ahí que lo que se configuró fue un verdadero contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2009 y el 30 de noviembre de 2017.

Igualmente, se declare que entre la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y las demandadas COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA y FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., se verificó una oferta mercantil para con ella a efectos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desarrollar las actividades a que se refiere la cláusula séptima del Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado simulado de fecha 1º de julio de 2009 que suscribiera con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.

Por consiguiente, se condene a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA - COOPAVA, estas dos últimas como beneficiarias de la prestación del servicio por parte de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, a pagar la suma de \$6.951.561 por concepto de cesantías, \$7.021.076 por intereses sobre las cesantías, \$3.104.559 por vacaciones, \$6.951.561 por primas de servicios, \$6.951.561 a razón de indemnización por despido sin justa causa, \$24.591 por concepto de indemnización moratoria ante el no pago oportuno de las prestaciones sociales a partir del 29 de noviembre de 2017 y hasta cuando se realice el correspondiente pago, aportes a salud y pensión, \$74.165.159 por la sanción de la no consignación de las cesantías, indexación, intereses moratorios, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones sostuvo que cumplió con el proceso de precalificación y selección de exámenes médicos sin que los mismos diagnosticaran algún quebranto de salud para desarrollar la actividad de Auxiliar de Servicios.

Que por tal razón, suscribió con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado el 1º de julio de 2009 para desempeñar inicialmente las funciones de Auxiliar de Servicios Generales, acuerdo respecto del cual, en su cláusula séptima, se estipuló que el Asociado se obligaba a poner a su disposición toda su capacidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

técnica y operativa a efectos de ejecutar las instrucciones y/o proyectos de la Cooperativa y, en especial, la asignación de Auxiliar de Servicios Generales y/o las labores que directamente le asignara el Gerente de la Cooperativa y/o quien este último le designara labores encomendadas dentro de los procesos y subprocesos con las empresas clientes.

Igualmente, sostuvo que, firmado el Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado, la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN dispuso que debía desempeñar las funciones de Auxiliar de Servicios Generales en FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., última ubicada en la Ciudad de Bogotá.

Que acordó con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN que se le pagaría la suma de \$496.000 por la labor de Auxiliar de Servicios Generales, así como el pago de una compensación extraordinaria mensual por valor de \$27.294, la cual se pagaría proporcional por fracción de acuerdo con el número de días trabajados en el mes, junto con un auxilio de transporte equivalente a \$59.300.

Argumentó que bajo la subordinación de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. desarrolló labores en las diferentes dependencias de la empresa como lo fue en la planta de producción, laboratorio y control de calidad, gimnasio, lavandería, bodega y centro de distribución, edificio administrativo y área de mantenimiento.

Que por disminución en su estado de salud, fue reubicada para el año 2014 en la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA que tiene su sede en el Barrio la Soledad de la Ciudad de Bogotá, asignándosele trabajos en el área de compras y dotaciones con un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m., siendo su jefe inmediato la señora PATRICIA GARCÍA, Cooperativa en la que arguyó laboró por un aproximado de ocho meses, donde además se le asignó el área administrativa realizando tareas de oficina.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refiere que para el año 2015 la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN la trasladó a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., última donde se le indicó que debía realizar trabajos en el área de gestión documental desempeñando labores de apoyo administrativo como digitar facturas, organizar archivo de recursos humanos y arreglo de carpetas, siendo su jefe inmediato la señora MARÍA LUCÍA RIAÑO.

Que para el mes de octubre de 2015 nuevamente fue reubicada en el punto de venta de DEPRISA ubicado en la calle 17 con carrera 7 de la Ciudad de Bogotá, siendo su jefe inmediato la señora JENNY SANABRIA, donde realizó labores de archivo y situaciones de carácter administrativo con un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., adicional a que, el 12 de octubre de 2015 se le notificó una nueva reubicación para el archivo central de la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA para desempeñar labores de archivo.

Por último, precisó que el 28 de noviembre de 2017 le fue notificada la terminación de su contrato asociativo.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA manifestó en su contestación que con la demandante nunca se suscribió contrato de trabajo alguno, ni la actora prestó sus servicios en forma personal y directa ante sus dependencias, máxime si nunca se ejerció subordinación pues no se le impuso horario alguno, no se le asignaron funciones, no se le cuestionó sobre la forma como ejecutaba sus funciones y menos aún, la disciplinó o le impuso sanciones, como tampoco recibió pagos de carácter laboral.

Además destacó si bien existió con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN una oferta mercantil de venta de servicios desde el 1º de septiembre de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2017, dicho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vínculo comercial fue celebrado entre las partes para que SERVICOPAVA con total autonomía técnica, administrativa y financiera, bajo su propia dirección con sus trabajadores asociados, desarrollara y ejecutara de forma integral el proceso de suministrar, diseñar y comercializar productos de bienes y servicios dirigidos a satisfacer las necesidades y expectativas, por lo que SERVICOPAVA se obligó a desarrollar el objeto de la oferta comercial a través de sus propios trabajadores asociados, lo cual no implica entonces que ese vínculo comercial debidamente celebrado fuera una simulación en los términos y forma que lo pretende hacer ver la actora.

Formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. manifestó que no ha tenido relación de carácter laboral, contractual, ni de ninguna otra naturaleza con la demandante, razón por la cual sus pretensiones carecen de vocación de prosperidad.

Por otra parte, sostuvo que la relación que tuvo con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN obedece a un contrato de prestación de servicios de naturaleza mercantil, mediante el cual esta última se comprometió a ejecutar de forma autónoma, independiente y autogestionaria actividades de aseo por intermedio de sus asociados.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de intermediación, inexistencia de contratista independiente, inexistencia de fuero o estabilidad legal reforzada, inexistencia de simulación, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. a su vez solicitó llamamiento en garantía respecto de LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES bajo el argumento que según los contratos de prestación de servicios suscritos con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, se obligó a constituir una póliza con la referida aseguradora para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales por el 10% del valor total de los contratos, póliza con referencia No. AA006398 cuya vigencia se comprendió entre el 13 de marzo de 2013 y el 30 de septiembre de 2016.

Fue por ello que LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES al contestar el llamamiento propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de responsabilidad solidaria a cargo de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. por cuanto no se cumplen los requisitos propios del artículo 34 del C.S.T., buena fe de la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., imposibilidad de acceder al carácter subjetivo, mala fe, la entidad de aseo y limpieza no son de giro ordinario de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., inexistencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, improcedencia de la sanción por despido injusto a cargo de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. por cuanto no fungió como empleadora ni intermediario, falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., improcedencia al pago de intereses, indexación, prescripción, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, compensación y genérica.

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN resaltó en su contestación la oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante de manera temeraria pretende desconocer el Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado que se suscribiera el 1º de julio de 2009, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el convenio fue plenamente válido, el cual culminó inicialmente mediante resolución de retiro No. 816 del 30 de noviembre de 2017 y por suspensión de pago de compensaciones el 28 de febrero de 2019, obedeciendo a una causal objetiva que lo fue la finalización de la oferta mercantil suscrita con la empresa cliente que estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2017, y la imposibilidad de ubicar a la demandante en otro cargo asociativo, pues las ofertas mercantiles con los demás clientes también finalizaron el 31 de diciembre de 2017, además que a partir del año 2018 se dejó de recibir cualquier tipo de ingresos al encontrarse en proceso liquidatorio.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de marzo de 2022 absolió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quó* manifestó que en atención a los postulados tanto legales como jurisprudenciales para la declaratoria de un contrato realidad, y de conformidad con el caudal probatorio acreditado al plenario, la demandante no logró demostrar la prestación personal del servicio en la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, en tanto, lo que quedó esclarecido fue que dicho elemento de la prestación personal del servicio se dio con relación a la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA, desarrollando funciones de servicios generales en el archivo central y demás dependencias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Estimó que la demandante al no probar la prestación personal del servicio en beneficio de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, no activó la presunción de existencia del contrato de trabajo de que trata el artículo 24 del C.S.T., máxime si la misma actora confesó en el interrogatorio de parte surtido, que en efecto la prestación personal del servicio la realizó respecto de las demandadas llamadas en calidad de solidarias.

Sopesó el hecho que ni si quiera se demostró que algún funcionario de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN le hubiese impartido órdenes a la demandante, circunstancia por la cual, al no demostrarse tal aspecto fue por lo que el fallador de instancia dispuso no abordar las restantes pretensiones de carácter condenatorio, argumentando que las mismas dependían precisamente de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como ya se hizo referencia, el presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante señora ANA LENIX MONTOYA ALONSO de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, ello en tanto por activa se desistió del recurso de apelación que efectuara respecto de la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si entre la demandante señora ANA LENIX MONTOYA ALFONSO y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN existió un verdadero contrato de trabajo al tenor de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

De prosperar lo anterior, deberá adentrarse a determinar las pretensiones de carácter condenatorio que se derivan de la configuración del vínculo laboral con la demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, así como la responsabilidad solidaria de las encartadas FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA de la relación laboral perseguido.

Igualmente, la responsabilidad de la llamada en garantía LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES frente a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. en torno a la suscripción de pólizas de carácter asegurador.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA existió una Venta de Servicios a partir del 1º de septiembre de 2003, consistente en la prestación de servicios de SERVICOPAVA con total autonomía técnica, administrativa y financiera, bajo su propia dirección con sus asociados trabajadores, desarrollando y ejecutando integralmente el proceso de suministrar, diseñar y comercializar productos de bienes y servicios dirigidos a satisfacer las necesidades y expectativas de COOPAVA, y en general todas las demás actividades complementarias y conexas al logro del objeto social de



COOPAVA, la cual finalizó el 30 de septiembre de 2017 (Fls. 179 a 184 – CUADERNO PDF 01).

Tampoco el hecho que entre la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. también se suscribieron Ventas de Servicios el 31 de marzo de 2008 y el 1º de octubre de 2012, en virtud de las cuales SERVICOPAVA en términos generales desarrollaría la prestación de servicios para FRESENIUS de aseo en oficinas administrativas, unidades renales y en general todas las instalaciones a nivel nacional, junto con los servicios de mantenimiento y cafetería, cuya finalización acaeció el 30 de noviembre de 2017 (Fls. 206 a 239 – CUADERNO PDF 01).

Así las cosas, también vale la pena advertir que la aquí demandante señora ANA LENIX MONTOYA ALFONSO y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN celebraron el 1º de julio de 2009 un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado, mediante el cual la demandante en su calidad de asociada, se obligó a poner en disposición de SERVICOPAVA toda su capacidad técnica y operativa a efectos de ejecutar las instrucciones y/o proyectos de la mentada Cooperativa y, en especial la asignación de Auxiliar de Servicios Generales y/o las labores que directamente le asignara el gerente de la Cooperativa, el cual finalizó el 30 de noviembre de 2017 (Fls. 60 a 62, 66 y 89 a 91 – CUADERNO PDF 01).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

Ahora bien, respecto de la existencia de contrato de trabajo encubierto mediante la utilización fraudulenta de vinculaciones del sector cooperativo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3436-2021, Radicación No. 81830 del 16 de junio de 2021, señaló:

“(1) Marco jurídico y jurisprudencial respecto a las actividades de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado

“Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado son aquellas empresas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios económicos, profesionales, intelectuales o científicos, para lo cual fijan sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones. En este sentido, una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

“Bajo esta perspectiva, esta Corporación ha destacado que dicho tipo de organización de trabajo autogestionario constituye una importante, legal y válida forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados (CSJ



SL6441-2015). De hecho, es una figura que está amparada por los artículo 25, 38 y 39 de la Constitución Nacional, que garantizan y reconocen los derechos al trabajo y a asociarse o constituir asociaciones sin intervención del Estado; y también están respaldadas en la Recomendación 193 de la OIT, que entre los principios fundamentales del cooperativismo establece la solidaridad, las libertades de empresa y de organización, la existencia interna de participación democrática y económica de sus miembros y la prestación de sus servicios con autonomía e independencia.

“[...]

*“Sin embargo, cuando esta forma de contratación se utiliza de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, la Corte ha considerado que se incurre en una indebida e ilegal intermediación laboral, expresamente prohibida en los artículos 7.º de la Ley 1233 de 2008 y 63 de la Ley 1429 de 2010, los dos últimos reglamentados por el Decreto 2025 de 2011. **Asimismo, ello acarrea como consecuencia la declaratoria del contrato realidad del trabajador asociado disfrazado con la empresa que se benefició de sus servicios** y, por tanto, esta debe responder solidariamente junto con la cooperativa de trabajo asociado por todos los efectos jurídicos laborales derivados.*

“Lo anterior porque en estos eventos se entiende que la pre cooperativa o cooperativa actúa como simple intermediaria en los términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral 3.º del artículo 7.º de la Ley 1233 de 2008, que consagra la solidaridad para el caso específico de la intermediación laboral a través de las cooperativas y prohíbe expresamente que aquellas actúen como intermediarias o empresas de servicios temporales a fin de suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión (CSJ SL2842-2020). Incluso, con tales actuaciones ilegales la entidad cooperativa puede verse incursa en causales de disolución y liquidación y perder su personería jurídica, además de ser acreedora de diversas sanciones.

Así las cosas, descendiendo al caso sub *examine*, se aprecia que en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, señor JUAN MATÉUS, quien manifestó que la demandante no aportó capital para la constitución de la Cooperativa, dejando de presente que desde su afiliación, que lo fue en el año 2009, y hasta el año 2017 la actora realizó aportes mensuales en su calidad de asociada, los cuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

le fueron devueltos en el año 2017 a la terminación del vínculo, siendo beneficiaria de los excedentes y repartición de aportes que efectuaba la Asamblea cada año para todos sus asociados, como tampoco la accionante fue asociada gestora de la Cooperativa.

Que la demandante para el 1º de julio de 2009 suscribió con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN Convenio de Trabajo Asociado, además que entre SERVICOPAVA y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA se suscribieron ofertas mercantiles de venta de servicios por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2017, que tenían por objeto desarrollar y ejecutar en forma íntegra el proceso de suministrar, diseñar y comercializar productos de bienes y servicios encaminados a satisfacer las necesidades y expectativas de COOPAVA, acuerdo que estuvo vigente hasta el año 2017.

Expuso que la prestación de servicios por parte de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA no se llevaba a cabo a través de trabajadores asociados de SERVICOPAVA en misión, exponiendo que entre SERVICOPAVA y FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. también existió una oferta mercantil que estuvo vigente para el año 2009 hasta el 2017, y con base en dicha oferta mercantil SERVICOPAVA efectuaba procesos no misionales en FRESENIUS, siendo asignada la accionante a uno de los referidos procesos.

Que SERVICOPAVA le pagó a la demandante todas las compensaciones mensuales a las que tenía derecho como lo eran las semestrales, anuales, por descanso, rendimiento de las compensaciones anuales y auxilio de transporte cooperativo. Que dentro del desarrollo de las ofertas mercantiles en algunas oportunidades y de acuerdo a la disposición de la Gerente de SERVICOPAVA la actora fue asignada a algunos procesos tanto en la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA como en FRESENIUS MEDICAL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CARE COLOMBIA S.A., acotando que dichas situaciones no fueron como personal en misión.

Señaló que la oferta mercantil que tuvo SERVICIPAVA con FRESENIUS perduró hasta el año 2017, existiendo un coordinador asignado para dicho proceso, de ahí que por instrucciones de la gerencia se asignaban a ese proceso los trabajadores asociados, en especial en el campo de servicios generales como el aseo que era lo que se le ofrecía a FRESENIUS, por lo que a cada trabajador asociado se le establecían unos turnos semanales para la prestación de los servicios.

El representante Legal de la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA, señor HERNÁN GÓMEZ, manifestó en el interrogatorio de parte a él practicado que funge en tal calidad desde hace aproximadamente tres años; manifestó que entre COOPAVA y SERVICOPAVA se suscribió oferta mercantil en el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2017, cuyo objeto era desarrollar y ejecutar en forma íntegra el proceso de suministrar, diseñar y comercializar productos de bienes y servicios dirigidos a satisfacer la necesidad y expectativas de COOPAVA.

Expuso no ser cierto que dicha prestación de servicios a COOPAVA se llevara a cabo a través de la asignación de trabajadores asociados en misión de SERVICOPAVA, sino que eran procesos no misionales, siendo enfático en exponer que la demandante nunca laboró al servicio de COOPAVA, por lo que nunca recibió salarios por parte de esta última, así como que las órdenes que se le suministraban provenían directamente de SERVICOPAVA como consecuencia de la oferta mercantil.

La demandante expuso en el interrogatorio de parte rendido que firmó un Convenio de Trabajo Asociado con SERVICOPAVA desde el 1º de julio de 2009 y que finalizó el 30 de noviembre de 2017, siendo SERVICOPAVA quien la afiliara al Sistema Integral de Seguridad Social junto con el correspondiente pago de sus retribuciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que SERVICOPAVA al momento de la liquidación de su convenio le devolvió sus aportes sociales que realizó durante el convenio asociativo, junto con todas las compensaciones mensuales, compensaciones semestrales equivalentes a primas en caso de haber tenido un contrato de trabajo, compensaciones anuales, al igual que el 29 de junio y 3 de agosto de 2016 y el 7 de marzo de 2017, solicitó sus compensaciones anuales que serían el equivalente a cesantías a efectos de cancelar créditos que había adquirido con SERVICOPAVA.

Adujo que durante la vigencia del contrato asociativo realizó préstamos a través de libranzas, que realizó uso de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado mientras estuvo vinculada con SERVICOPAVA ya que era un requisito para poder suscribir el convenio de asociación.

Que prestó servicios asociativos a las empresas clientes que habían celebrado con SERVICOPAVA ofertas mercantiles. Reiteró que el contrato asociativo que firmó fue con SERVICOPAVA, quien la envió a trabajar a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. el 1º de julio de 2009, en donde laboró hasta el año 2014. Precisó que en el año 2013 le diagnosticaron enfermedades laborales que se comunicaron a la ARL, y por ello inició a laborar en la sede de COOPAVA.

Que laborando al servicio de FRESENIUS cumplió tres horarios de trabajo, estando bajo las órdenes de los directores de cada área de FRESENIUS, y cuando le diagnosticaron las enfermedades laborales SERVICOPAVA la trasladó al área de compras y dotaciones manejada por COOPAVA, siendo su jefe inmediata la señor PATRICIA GARCÍA y, con posterioridad retornó a FRESENIUS, en donde estuvo tres meses en el área de correspondencia, luego se le trasladó a las oficinas de DEPRISA que eran manejadas por COOPAVA, que para el año 2015 se encontraba ubicada en el Centro de la Ciudad de Bogotá donde perduró por un año y su jefe era la señora JENNY SANABRIA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que luego fue trasladada a realizar labores de digitadora, consistentes en cargue de documentación e información a la base de datos del archivo central de COOPAVA, labor que desempeñó por un año, y el 28 de noviembre de 2017 recibió carta de despido sin justa causa.

La testigo GLORIA ISABEL GARCÍA SILVA expuso que fue compañera de trabajo de la demandante en el año 2013 en FRESENIUS, por lo que manifestó que las funciones de la actora allí consistían en oficios varios en distintas áreas. Que la accionante le comentó que sus actividades las había empezado a desarrollar en el año 2009, sosteniendo que las labores de la actora en FRESENIUS se extendieron aproximadamente hasta el año 2015.

Refirió que era SERVICOPAVA quien le cancelaba los salarios a la demandante, así como que la actora fue retirada hasta el año 2017 cuando SERVICOPAVA le comunicó la carta de terminación, siendo contratada nuevamente desde febrero de 2018 hasta febrero de 2019.

Que cuando la demandante trabajó en FRESENIUS existía un jefe inmediato de cada área que hacía parte de FRESENIUS, y tiene entendido que también existía un representante de SERVICOPAVA, al igual que en FRESENIUS la actora cumplía horario de trabajo el cual se rotó en tres jornadas laborales distintas de domingo a domingo. Reiteró que la demandante fue socia de SERVICOPAVA.

Puntualizó que siempre fue SERVICOPAVA quien envió a laborar a la demandante al Archivo Central de COOPAVA y a DEPRISA, y eso sucedió a razón del percance de salud ocurrido a la actora.

La testigo LINA MARCELA CASTILLO CADENA manifestó que conoció a la demandante aproximadamente en el año 2012 o 2013 cuando ella como declarante realizó pasantías en FRESENIUS en el área de recursos humanos, y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la demandante desarrollaba la labor de servicios generales en el área de presidencia, pasantías que la testigo desarrolló hasta el año 2014.

Adujo que con posterioridad se vinculó a FRESENIUS en el año 2015 a laborar en el área de correspondencia. Que cuando la actora estaba en el área de presidencia atendía todo el tema relacionado con cafetería y aseo, siguiendo instrucciones de la asistente de presidencia de FRESENIUS de nombre CAROLINA. Tiene entendido que FRESENIUS suscribió con SERVICOPAVA un contrato de prestación de servicios generales para que algunas personas prestaran servicios a FRESENIUS. Que debido a la enfermedad padecida por la demandante la trasladaron a DEPRISA y COOPAVA y, en el año 2018, SERVICOPAVA le comunicó la carta de despido.

El testigo MILTON DELGADO manifestó que es el jefe de relaciones laborales de FRESENIUS desde aproximadamente seis años y vinculado a esa compañía desde hace once años. Que la demandante estuvo prestando servicios generales en FRESENIUS a través de un contrato que tenía suscrito la empresa con SERVICOPAVA, que consistían en aseo en diferentes áreas.

Que supone que era SERVICOPAVA quien le cancelaba a la demandante los rubros derivados de su trabajo ya que FRESENIUS nunca lo hizo, sin tener conocimiento cuál fue la causa a través de la cual la actora dejó de prestar servicios. Que la demandante nunca estuvo vinculada laboralmente con FRESENIUS.

La testigo MARÍA LUCÍA RIAÑO CÁRDENAS indicó que es la gerente administrativa de FRESENIUS, trabajando para esta empresa desde el mes de abril de 2013. Que la demandante trabajó por un contrato que FRESENIUS tuvo con SERVICIPAVA, consiste en que esta última debía prestar unos servicios de aseo, por lo que SERVICOPAVA en algunas ocasiones la asignó en diferentes áreas de FRESENIUS.



Del análisis de los anteriores medios de convicción, la Sala colige que la sentencia de primera instancia atinente a la absolución habrá de confirmarse, como quiera que, atendiendo los postulados tanto legales como jurisprudenciales, la demandante no logró probar la prestación personal del servicio que persiguiera respecto de la demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, accionada que se resalta, fue el sujeto sobre el cual recayeron las pretensiones a efectos de que el mismo fuese declarado como verdadero empleador, mientras que frente a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA, lo que se persiguió fue la solidaridad derivada de la declaratoria principal sobre la primera enunciada.

Ello por cuanto los testimonios decretados y practicados, esto es, GLORIA ISABEL GARCÍA SILVA quien fue compañera de actividades de la actora desde el año 2013 en FRESENIUS, y LINA MARCELA CASTILLO CADENA quien también conoció a la demandante prestando sus servicios en FRESENIUS desde el año 2012 o 2013 aproximadamente, fueron contestes en manifestar que la demandante en todo momento laboró en distintas áreas de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., adicional a que, también ante las patologías que presentó se le efectuaron varios traslados con destino a instalaciones o lugares de la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA – COOPAVA como lo fueron el área de archivo y DEPRISA.

Lo anterior, guarda plena congruencia incluso con las pruebas documentales allegadas por la misma demandante, que evidencian que inició a desempeñar los servicios de Auxiliar de Servicios Generales en el área de FRESENIUS el 1º de julio de 2009, trasladándosele el 17 de junio de 2010 al área del 2º piso de FRESENIUS, el 16 de noviembre de 2012 se le trasladó al área BASE BOG 2º piso de FRESENIUS, a la división administrativa a partir del 12 de octubre de 2016 (Fls. 62 a 65 – CUADERNO 1 PDF)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, debe destacarse que fue la misma demandante la que en el interrogatorio de parte surtido a tenor de lo dispuesto en el artículo 193 del C.G.P., confesó que en todo momento desde su vinculación como asociada cooperada en SERVICOPAVA a partir del 1º de julio de 2009, estuvo prestando sus servicios en beneficio de FRESENIUS y COOPAVA, última en la que desempeñó su actividad en diferentes lugares como lo fue el área de archivo y DEPRISA.

Es así entonces, que resulta palpable que la demandante atendiendo la carga probatoria que le asistía al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., no logró probar la prestación personal del servicio sobre la demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, derruyendo así la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T.; circunstancia por la cual, no puede pretender que ante la carencia probatoria que le incumbía, se efectúe un análisis a fondo sobre el acuerdo cooperativo que suscribió con la enunciada SERVICOPAVA, en tanto, resulta ser un aspecto de restricción por el fallador de segunda instancia.

Al unísono, debe tenerse en cuenta que, en atención del principio de congruencia, tampoco en sede de segunda instancia se podría entrar a analizar una presunta relación laboral con las demandadas FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA - COOPAVA, ya que respecto de las mismas lo que se persiguió fue la condena de manera solidaria, lo que implica que en ningún momento dentro del *petitum* se estimó un contrato de trabajo directo con estas.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 17 2020 00213 01**
Demandante: JOSE MARIA DEL CASTILLO ANGULO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE MARIA DEL CASTILLO ANGULO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del formulario de afiliación Nº 992365 adiado el 29 de enero de 1998, a través del cual que efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de tal declaración, pretende se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos a su nombre, tales como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES a recibirlo en el régimen que administra como si nunca se hubiese trasladado. Finalmente, pretende se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 29 de julio de 1959 y se afilió en julio de 1979 por primera vez al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Seguidamente relató que en 1998 los asesores comerciales de PORVENIR S.A., le ofrecieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin efectuar un estudio previo de su situación pensional y sosteniendo que en ese fondo tendría una mesada pensional mejor que la que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De otro lado, adujo que el asesor de PORVENIR S.A. en el afán de afiliarlo omitió brindar la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional, acotando que el 29 de enero de 1998 se afilió a dicha administradora de pensiones, suscribiendo el formulario de afiliación No. 992365.

Narró que el 29 de julio de 2021 cumpliría los requisitos de edad y semanas, momento para el cual su expectativa de mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sería de \$9.645.678 y en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida ascendería a \$13.572.696. Por último, expuso que elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 4 de marzo de 2020, peticionando lo mismo que depreca en esta acción, pedimento que fue despachado de manera negativa por parte de esa entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no probó error, fuerza, dolo o falta de información debida en el traslado de régimen pensional que realizó, máxime cuando voluntariamente suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (Fls. 109 a 127 Archivo denominado "*2020-213 CON SENTENCIA.pdf*").

Entre tanto, PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentando que la vinculación del gestor con esa AFP operó en el año 1998 y fue producto de la voluntad y la decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del régimen pensional y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación que suscribió.

En ese sentido, no es procedente decretar la ineficacia referida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no se acreditaron los presupuestos que dan cabida a la aplicación de dicho precepto legal. Adicionalmente, señaló que hay lugar a decretar la nulidad, pues no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del Código Civil, en tanto que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Fls. 169 a 192 Archivo denominado "*2020-213 CON SENTENCIA.pdf*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de junio de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas por las razones expuestas en precedencia.

"SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO del señor JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ANGULO identificado con la C.C. 19.248.004, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

"TERCERO: DECLARAR que el demandante, señor DEL CASTILLO ANGULO, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

"CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, ordenándole además a PORVENIR S.A., efectuar la devolución de los gastos o comisiones de administración que descontó, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio.

"QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A., a favor del demandante y convalidarlos en su historia laboral, autorizándole a desplegar todas las actuaciones administrativas, tendientes a obtener la devolución de la totalidad de los dineros en la forma aquí señalada.

Para arribar a dicha conclusión, refirió el *a-quo* en inicio que el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era beneficiario del régimen de transición, no obstante, sí contaba con una densidad de semanas importante al momento del traslado, esto es, más de 596, de tal suerte que ese era uno de los aspectos por los que el fondo privado debía analizar el caso particular de la promotora con mayor acuciosidad; además expuso que del examen del formulario de traslado de régimen no se podía colegir que se haya brindado a la actora una información clara y suficiente ni que haya sido ilustrada sobre las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues de haber ahondado en ello, seguramente habría desanimado al actor de trasladarse de régimen, deber de información que fue consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993.



Seguidamente, refirió que del acervo probatorio allegado al trámite procesal, no se podía concluir que al demandante se le haya brindado una información clara y veraz al momento del traslado, incumpliendo así el fondo de pensiones privado con dicha carga probatoria, precisando que en el *sub-lite* lo que procede no es la nulidad del traslado sino la ineeficacia del mismo ante la falta de información, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia, ordenó la devolución de las sumas correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos, intereses y rendimientos, además ordenó devolver los gastos de administración los cuales debe asumir PORVENIR S.A.

Por ultimo declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas, la de prescripción y las condenó en costas y agencias en derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, aduciendo que la misma desconoció principios fundamentales del derecho como son la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que en el acervo probatorio quedó acreditado que esa AFP para el año 1998 entregó información clara, completa y comprensible al actor por espacio de 30 minutos, además, le informó los requisitos pensionales y otras características.

De otro lado, señaló que el formulario de afiliación que suscribió el actor era el documento exigido por la normativa vigente para la época y la asesoría se podía generar de manera verbal, sin que fuera imperativo dejar constancia escrita de tal hecho, pues tales obligaciones surgieron con la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, de modo que, a razón de tal suscripción, se creó la cuenta de ahorro individual del promotor la cual ha sido debidamente administrada por más de 20 años. Adicionalmente, expuso que al ser el capital del gestor superior a \$2'000.000.000, es evidente que el fundamento de la



solicitud de ineeficacia radica en la diferencia del valor de la mesada pensional, sin tener en cuenta que al vincularse aceptó los requisitos exigidos en ese régimen para pensionarse, ratificando así su voluntad de permanecer allí con los aportes que realizó, sin que manifestara que quería retornar al anterior régimen, de ahí, que no es posible exigir que la asesoría sea una especialización al usuario, pues es deber de todo ciudadano conocer la Ley sin que la ignorancia de la misma sirva de excusa, por ende, debió tener conocimiento de la expedición de la Ley 100 de 1993.

En otro giro, adujo que la cuenta de ahorro individual del demandante al ser debidamente administrada generó unos rendimientos, por ende, manifiesta su disenso respecto a los valores a retornar como consecuencia de la declaratoria de ineeficacia, ya que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señala los conceptos a devolver, los que aluden a los aportes y los rendimientos, por lo que solicita la revocatoria frente a la devolución de los gastos de administración y las cotizaciones de la aseguradora, pues el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 los establece para ambos regímenes. Igualmente, solicita se aplique la prescripción a los gastos de administración y las cuotas de la aseguradora al ser obligaciones de trato sucesivo.

Por su parte COLPENSIONES en su alzada solicitó la revocatoria parcial de la sentencia en lo atinente a la condena en costas, dado que ha actuado bajo los parámetros legales, pues solo le es posible reactivar una afiliación después de que un Juez determine si existió una ineeficacia del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 29 de enero de 1998, No. 992365 a PORVENIR S.A., efectiva a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 20, 226 y 228 Archivo denominado “2020-213 CON SENTENCIA.pdf”), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado*”.

Por otra parte, el actor en su declaración indicó que un asesor de PORVENIR S.A. le solicitó una cita en la que le dijo que su pensión en ese fondo sería más alta que la que recibiría en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que no perdería semanas y que además esa entidad sería liquidada por lo que perdería la pensión, de modo que confiando en lo que le indicó el asesor se trasladó a esa administradora, precisando que la reunión fue muy corta y tampoco le señaló las características de los regímenes pensionales.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta “*la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*



Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*



dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, sin que se encontrara cumplido ese deber por parte de PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio, lo que imponía declarar la ineficacia del traslado contrario a lo aducido por dicha demandada en su alzada.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A..

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales



restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

Respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto."

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineeficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y cuarto de la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para COLPENSIONES y PORVENIR S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral

1100131050 21 2019 00690 01

Demandante:

ISABEL RIVADENERIRA BAHAMÓN

Demandado:

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE FACULTADES,
PROGRAMAS Y DEPARTAMENTOS DE ECONOMÍA -
AFADECO

Magistrado Ponente:

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ISABEL RIVADENERIRA BAHAMÓN formuló demanda ordinaria laboral en contra de AFADECO, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 2015 y el 26 de diciembre de 2016; de la misma forma, pretende se declare que es una persona con discapacidad permanente múltiple, deficiencia del habla, limitación en la comunicación y restricción de la participación y las relaciones interpersonales, con fisura de paladar duro con labio leporino bilateral.

En virtud de lo anterior, solicita se ordene su reintegro sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando como directora ejecutiva de la demandada, o a



uno de igual o superior jerarquía al que venía desarrollando a la finalización de la relación laboral. Además, se condene a la pasiva a pagar las acreencias laborales, los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones generados a partir del 27 de diciembre de 2016 y hasta que se haga efectivo el reintegro y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se vinculó con la demandada producto de un concurso de méritos el 16 de febrero de 2015, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de asistente administrativa en esta ciudad. Seguidamente, relató que fue ascendida al cargo de directora ejecutiva, realizando entre otras funciones, las de rendir informes y presentar el presupuesto anual a la Junta Directiva, siendo su jefe inmediato el presidente de la pasiva, señor ALEJANDRO TORRES GARCIA, quien le impartía instrucciones y órdenes, igualmente precisó que devengaba un salario de \$1.700.000.

De otra parte, adujo que presenta discapacidad permanente según dictamen emitido por la EPS COMPENSAR por deficiencia del habla, limitación en la comunicación y restricción de la participación, interacción en las relaciones interpersonales y fisura del paladar duro con labio leporino bilateral. Que desde el inicio de la relación hasta abril de 2016 desarrolló sus funciones sin queja alguna, sin embargo, a partir de esa data fue objeto de discriminación y acoso laboral por parte del presidente y del vicepresidente de la encartada, quien la descalificó profesionalmente, además fue degradada de directora ejecutiva a mensajera.

Relató que en reunión de 28 de julio de 2016, el revisor fiscal presentó informe poniendo en conocimiento los riesgos en el desplazamiento de la actora para realizar compras y la desigualdad en el trato del que era objeto, en tanto, la directora ejecutiva es quien ejerce la Representación Legal de la pasiva, en consecuencia, el 5 de agosto de 2016 presentó queja por acoso laboral, la cual fue



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

atendida el 5 de septiembre de ese año por el presidente de la convocada a juicio, llevándose a cabo conciliación ante el Comité de Convivencia de la demandada el 14 de septiembre de 2016 con el presidente y el vicepresidente.

No obstante, los actos de acoso laboral y discriminación en razón a su condición física continuaron, por lo que instauró una queja ante el Ministerio del Trabajo, realizándose conciliación el 16 de noviembre de 2016 con el Representante Legal de la pasiva, en la que se acordó cesar los actos de discriminación, renovar el contrato de trabajo y reconocer las funciones otorgadas por los estatutos. Igualmente, expuso que el 9 de diciembre de 2016 se le informó que su contrato sería a término indefinido y la representación legal seguiría siendo ejercida por el presidente de la accionada.

Refirió que los compromisos contraídos ante el Ministerio del Trabajo no fueron cumplidos por la enjuiciada, además su contrato de trabajo fue terminado el 26 de diciembre de 2016 mediante comunicación remitida a su correo electrónico, ante lo cual se pronunció el día siguiente. También relató que el 6 de enero de 2017 presentó escrito ante la demandada dando a conocer una seria de anomalías, además el 12 de junio de 2017 instauró ante la Fiscalía denuncia en contra de JAIME ALBERTO RENDÓN ACEVEDO, vicepresidente de la accionada, y acudió ante diferentes entes a fin de hacer respetar sus derechos, entre otros, ante el juez constitucional mediante acciona de tutela que conoció el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá con radicado No. 2018-00205.

Finalmente, señaló que fue despedida sin permiso del Ministerio de Trabajo a pesar de ser una persona con discapacidad permanente, por lo que goza de fuenro por protección laboral reforzada, situación de la cual tenía conocimiento la demandada, dado que fue sometida a varias cirugías en julio y octubre de 2016, y debió asistir a psicólogo por el acoso y la discriminación laboral a la que fue sometida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La demandada AFADECO, señaló que no se oponía a la declaratoria del contrato de trabajo y sus extremos; sin embargo, se opuso a las pretensiones relacionadas con la estabilidad laboral reforzada que se elevan en la demanda, dado que no obra en el expediente documento emitido por la autoridad competente que permita tener certeza sobre los pormenores que conlleven a declarar tal pedimento. De otro lado, sostuvo que durante el lapso en que subsistió la relación laboral, las partes nunca evidenciaron que la condición congénita de la trabajadora fuese cortapisa para desarrollar las funciones para las cuales fue contratada, tampoco existió anomalía ni entorpecimiento en las labores, de modo que no fuese necesario implementar políticas de inclusión o apoyos ergonómicos para que desempeñara su cargo.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, cosa juzgada, inexistencia de la vulneración y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de junio de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada del 16 de febrero de 2015 hasta el 26 de diciembre de 2016, el cual finalizó unilateralmente por el empleador, adicionalmente, absolvió a la accionada de las demás pretensiones elevadas en su contra, declaró probada las excepciones de inexistencia de la vulneración y de la obligación, y no probada la de cosa juzgada.

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* precisó que no se discutió entre las partes la existencia de un contrato de trabajo, el cual se desarrolló del 16 de febrero de 2015 al 26 de diciembre de 2016, el cual finalizó de manera unilateral por parte del empleador. De otro lado, al resolver la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada, la cual sustentó aduciendo que con las dos acciones constitucionales que presentó la actora ya fue debatido el tema de la estabilidad laboral reforzada que aquí se depreca, excepción que dijo la juez de primer grado no tiene vocación de prosperidad, dado que las acciones de amparo fueron



declaradas improcedentes, dejando el estudio de fondo a los jueces laborales, por lo que declaró no probado dicho medio exceptivo.

En otro giro, al verificar si la terminación del contrato de trabajo de la actora fue ineficaz y si fue víctima de actos de discriminación por su condición de salud, hizo alusión al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, además expuso que en sentencia SU-049 de 2017 la Corte Constitucional dejó claro que no se requiere una calificación de pérdida de la capacidad laboral para ser beneficiario del fuero de salud establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, igualmente que la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha dicho que los trabajadores objeto de estabilidad laboral reforzada son aquellos que tienen una discapacidad en grado moderado, severo, o profundo independiente del origen, enfatizando que los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación de Invalidez no son prueba solemne, teniendo así el juez plena libertad probatoria para determinar la condición de indefensión del trabajador según se ha dicho en sentencia SL2586 de 2020.

Acorde con lo anterior, expuso que en el plenario no obra prueba documental alguna que acredite que el estado de salud de la demandante le hubiese impedido desarrollar las funciones que le fueron asignadas, también señaló que su condición de salud de labio leporino era evidente al momento de iniciar el contrato de trabajo, pues era una condición de nacimiento, sin que le fuera catalogada como una condición física; además nunca se le realizó una calificación de la pérdida de capacidad laboral, situación que no fue una limitante para el ingreso a laborar.

Además, la actora en el interrogatorio dijo que a la fecha de la terminación no se encontraba incapacitada y que las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron para mejorar su condición de salud fueron dos meses antes de finalizar el contrato, sin que tampoco obre prueba de tal situación. También dijo que, del interrogatorio que rindió la Representante Legal de la demandada lo que avizoró era que no tenía mayor conocimiento del asunto dado que no laboraba para la época de los hechos.

De lo expuesto, concluyó la juzgadora de primer grado que no se acreditó una situación de discapacidad y la condición de salud de la actora ya la ostentaba desde



antes de iniciar la relación laboral, lo cual no le impidió desarrollar el contrato y durante el desarrollo del mismo no se advirtió una desmejora en su estado de salud.

Respecto al posible acoso laboral del que dijo la demandante fue objeto, advirtió que el presente proceso no se trataba de uno especial de acoso, empero, lo cierto era que no se acreditó tal hecho, pues lo que se desprende de las actas que se emitieron en las reuniones de las Directivas de la demandada a las cuales asistió la actora, la representación legal nunca fue una función del cargo que desempeñó, pues si bien fue ascendida, se evidenció que sus funciones eran las que venía desempeñando en el anterior cargo y las grabaciones que aportó la actora no permite evidenciar de quien provienen; además la denuncia que presentó ante la Fiscalía por los actos de discriminación fue archivada por ese ente, al no encontrar mérito para seguir la investigación absolviendo a la accionada de las pretensiones elevadas en su contra, por último indicó que no emitía condena en costas al haber concedido amparo de pobreza a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que en el proceso nunca trató sobre una enfermedad sino sobre la discapacidad que está acreditada con la certificación de la EPS, situación que conllevó al despido de la actora, luego, lo que presenta es una deficiencia, enfocándose la jueza indicar que no había evidencia de una enfermedad, cuando ello nunca se alegó, máxime cuando la demandada en el interrogatorio reconoció que si conocía de la discapacidad física desde el inicio de la relación laboral, la que consistía en una deficiencia del lenguaje y su apariencia física.

Además, la demandada en el interrogatorio reconoció la calidad de Vicepresidente de esa entidad del señor JAIME RENDON, quien en reunión de la Junta Directiva de 28 de julio de 2016, en su labor de persecución reconoció que no le asignaría la Representación Legal a la demandante y en las reuniones ante el Comité *ad hoc* en septiembre y ante el Ministerio del Trabajo, el Presidente y el Vicepresidente se comprometieron a no llevar a cabo más actos de discriminatorios, lo que quedó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consignado en el acta No. 123 de 23 de mayo de 2016 que además hace alusión al trabajo desarrollado por la actora.

Aduciendo que los dos nuevos directivos manifestaron que se debía despedir sacar a la actora, pues el vicepresidente propuso iniciar un proceso de selección para reemplazarla. Igualmente, los directivos conocían que la actora no tenía problemas para relacionarse con las demás personas, aunado a que el despido no estuvo sustentado en una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo a término indefinido, siendo inconveniente la presentación y la condición física de la actora; igualmente señaló que en el fallo no se tuvo en cuenta el artículo 47 de la Ley 1346 de 2009 y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, además memoró que la actora fue retirada de una reunión por su estado de discapacidad, tampoco se tuvo en cuenta la Resolución 113 de 2020 emanada por el Ministerio de Salud, siendo clara la discriminación laboral de la que fue objeto la demandante, por lo que se debe tener en cuenta las actas de septiembre y noviembre de 2016.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. De la estabilidad laboral reforzada:

Al descender al *sub-examine*, se advierte que no es objeto de debate en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió por el periodo comprendido del 16 de febrero de 2015 al 26 de diciembre de 2016, el



cual finalizó de manera unilateral por parte del empleador sin justa causa, pagando la respectiva indemnización (Fl. 87 y 88 archivo 01), pues así fue aceptado por las partes y lo concluyó la juez de instancia.

En torno al problema jurídico planteado, y dado que la activa en su alzada señala como una de las causas de su disenso, el hecho que la Juez de instancia no haya tenido en cuenta algunas de las normas que regulan el tema de la discapacidad para decir el caso de marras, considera esta Colegiatura necesario traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, en la que refirió que la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada



de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

Y añadió, que tales preceptos, además,

[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

[...] Ley 82 de 1988 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”; [...] Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”; Ley 762 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”; [...] Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997.”; Ley 1346 de 2009 “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la



Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”; y la ley estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adocrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

“De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

“[...] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.”

Adicionalmente, la Alta Corporación dijo en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:

“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo



26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

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

*En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral**, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrolle los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

*En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una **condición de discapacidad relevante**, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*

Dicho esto, se advierten que obra en el plenario certificación emitida por la EPS COMPENSAR el 6 de septiembre de 2019, en el que certifica que la actora presenta discapacidad permanente por el diagnóstico de fisura del paladar duro con labio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

leporino bilateral, siendo el tipo de discapacidad múltiple, con deficiencia en el habla y el sistema fonatorio el cual limita la comunicación, con restricciones en la participación por interacción y relaciones interpersonales, áreas principales de la vida en comunidad y cívica (Fl. 40 archivo 01), igualmente se encuentran incapacidades emitidas a la demandante del 26 al 30 de septiembre y del 21 al 23 de octubre de 2016 (Fls. 99, 100 archivo 01).

De otro lado, milita en el expediente el Acta No. 123 de 26 de mayo de 2016 de reunión de la Junta Directiva de la accionada en la que se le piden algunas explicaciones a la actora (Fl. 41 a 47 y 272 a 278 archivo 01), también reposa queja por acoso laboral presentado ante AFADECO por la demandada el 5 de agosto de 2016 y respuesta a la misma de 5 de septiembre de 2016 (Fl. 297 a 302 y 320 archivo 01).

Acta de Conciliación efectuada ante el Ministerio del Trabajo, el 16 de noviembre de 2016 entre la actora y la demandada, por querella de presunto acoso laboral en el que la demandante solicita cesen los actos de acoso, se cumpla lo acordado en el Comité de Convivencia, se renueve su contrato de trabajo y se reconozcan las funciones otorgadas en los estatutos, ante lo cual el Representante Legal de la accionada indicó que llevaría tales inquietudes de la Junta Directiva, así mismo se dejó de presente a las partes que podían acudir ante el Juez Laboral para que declarara si existió tal conducta; también obra informe sobre queja de acoso presentado por la demandante, Acta de Conciliación No. 001 de 14 de septiembre de 2016 por los presuntos hechos de acoso, en la que el señor JAIME RENDÓN se compromete a tratar con cordialidad a la actora y propiciar un buen ambiente laboral, y con el señor ALEJANDRO TORRES, se comprometen a suministrarle indicaciones para desarrollar sus funciones y tramitar firmas para realizar los trámites concernientes a su cargo. (Fls. 77 a 78, 79 a 82, 83 a 84 y 326 a 398 archivo 01).

De la misma forma, se allegó comunicación adiada el 9 de diciembre de 2016, dirigida a la actora por parte de la encartada, en la que se le indica que su contrato de trabajo lo será a término indefinido con efecto retroactivo desde el 16 de febrero de 2015 (Fl. 259 a 261 archivo 01).



Igualmente, en el interrogatorio de parte que depuso la Representante Legal de la convocada a juicio dijo que no reposa ninguna información de su condición médica en el expediente que reposa en esa entidad, y que la condición médica de nacimiento de la actora por labio leporino era conocida, pero ello no fue cortapisa para contratarla y que desarrollara sus funciones. Igualmente, sostuvo que el señor JAIME RENDON era miembro de la Junta Directiva de la demandada y fungía como vicepresidente, y que no se evidenció ningún acto de acoso hacia la actora o de no querer renovarle el contrato a la demandante, *a contrario sensu*, expuso que la promotora del litigio ingresó como Asistente Administrativa y fue ascendida a Directora Ejecutiva que era el cargo que existía para esa época y que su contrato laboral fue modificado a término indefinido, y que no tenía funciones de Representación Legal de acuerdo a los estatutos.

Por su parte, la demandante en la declaración de parte que depuso, indicó que ni antes ni durante el desarrollo de su relación laboral con la accionada se le realizó calificación de su PCL, y que no existían recomendaciones médicas para el desarrollo de su trabajo, pero que la historia clínica señalaba que ella nunca iba a tener mejoría, dijo que ella no tenía limitaciones pese a que el paladar hendido era una condición de nacimiento, por eso era una discapacidad permanente a razón de la cual se le han realizado más de treinta y cinco cirugías, de las cuales tres fueron en vigencia de su contrato con la pasiva, por las cuales se pagaron las respectivas incapacidades, además, sostuvo que nunca requirió alguna clase de apoyo para realizar sus funciones.

Narró que, con el cambio de Junta Directiva, no le fue posible realizar sus funciones al no tener la representación legal de la demandada, y que el señor JAVIER DELGADO miembro de la Junta Directiva, le dijo que el trato del señor JAIME RENDÓN hacia ella era a razón de su condición física y de su forma de vestir. Además, que la conciliación que se llevó a cabo ante el Comité de Convivencia de la pasiva fue bajo presión, por esa razón se dirigió al Ministerio del Trabajo.

De lo anterior, luce palmario que la gestora padece una discapacidad permanente como consecuencia de su diagnóstico de fisura del paladar duro con labio leporino bilateral, lo que limita su habla y el sistema fonatorio, condición que *per se* no fue



obstáculo para ser contratada por la demandada para desempeñar en inicio el cargo de Asistente Administrativa y posteriormente el de Directora Ejecutiva al cual fue ascendida (Fl. 212 archivo 01), situaciones que aceptó la demandada como viene de verse. De otra parte, la misma demandante declaró que ni antes, ni durante la relación laboral fue calificada con PCL que dé cuenta de alguna discapacidad relevante que le impida laborar, pues recuérdese que aseveró no tener limitaciones pese a que el paladar hendido era una condición de nacimiento, que nunca necesitó para el desarrollo de sus funciones algún tipo de apoyo ortopédico o de otra clase y no se había expedido recomendaciones médicas; igualmente, al ser indagada por la Juez de instancia sobre si estaba incapacitada para la fecha del finiquito de la relación laboral, ello en aras decretar prueba en tal sentido, sostuvo que no, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS.

Adicionalmente, si bien la actora dijo que durante la relación laboral se le realizaron tres cirugías relacionadas con su discapacidad, de ello no obra prueba en el plenario, tampoco se encuentra algún medio de convicción que permita colegir que existieron actos discriminatorios como consecuencia de su condición física por parte del presidente y del vicepresidente de la encartada quienes hacían parte de la Junta Directiva de la demandada, pues si ello hubiese sido así, no se entiende como fue ascendida a otro cargo y el término de su contrato fue cambiado a indefinido; además los hechos que dieron lugar a algunas de las quejas por presunto acoso se basan en manifestaciones de un tercero, de los que no existe prueba fehaciente de su veracidad, quedando así, sin sustento las afirmaciones de la actora, máxime cuando de las Actas de las Reuniones de la Asamblea que se allegaron al plenario no se evidencia un actuar de parte del empleador constitutivo de acoso, aunado a que su salida de la reunión de 28 de julio de 2016 obedeció a que se dijo que la actora estaba incapacitada, por lo que de modo alguno podía estar laborando, no a un acto discriminatorio (Fls. 280 a 281 archivo 01).

Cabe destacar que los preceptos legales que echó de menos la pasiva en su alzada, por parte de la juez de primer grado en el análisis que realizó en la sentencia confutada, precisamente señalan los mecanismos y sistemas de garantía del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, entre los cuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

abordan lo atinente a la inclusión laboral de las personas con discapacidad, de lo que se puede inferir que algunas discapacidades no necesariamente conllevan a la existencia de la estabilidad laboral que se depreca.

De otro lado, la certificación que expidió la EPS COMPENSAR no detalla la fecha de estructuración y el grado de discapacidad de la demandante y además fue emitida más de dos años después del despido, de modo que en el presente asunto no se demostró que para el momento del despido la demandante contara con una discapacidad relevante, lo que impide presumir que la terminación del contrato laboral fue consecuencia de la situación de discapacidad, luego, al no estar probado que la actora para la fecha del finiquito padecía una discapacidad, no hay lugar a exigirle al empleador que desvirtuó dicha presunción, como se expuso en sentencia SL1916-2022.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo con las pruebas recaudas en el trámite procesal no es posible inferir que la terminación del contrato devino como consecuencia del estado de salud de la promotora, por lo que no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia, dado que se reconoció amparo de pobreza a la parte actora, según proveído de 7 de febrero de 2020.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

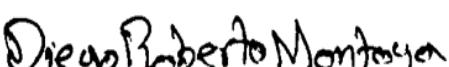


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 21 2021 00063 01**
Demandante: **JOSÉ LUIS PARRA MEJÍA**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.201.047 y T.P. 267.784 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

De la misma manera, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.094, según los términos del poder a él otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:



1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ LUIS PARRA MEJÍA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad llevado a cabo el día 1º de agosto de 1994 a través de PORVENIR S.A., ante la omisión de dicho fondo del deber de informar con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen privado.

Que como consecuencia de lo anterior, se declare que los posteriores traslados entre administradoras resultan igualmente ineficaces y no producen efectos jurídicos, de ahí que debe entenderse que en todo momento ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, sin que se haya presentado solución de continuidad en su afiliación.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. la devolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de las administradoras, así como que se le ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos que entregue PORVENIR S.A., actualizar y corregir la historia laboral, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 9 de enero de 1955, realizando cotizaciones a COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral hasta el mes de agosto del año 1994 a través de diferentes empresas empleadoras.

Que ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó formulario de afiliación en el Régimen de Ahorro Individual por intermedio de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 1º de agosto de 1994, sin habersele suministrado información concreta y



veraz sobre las reales consecuencias para su traslado, no se le explicó la naturaleza propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni sus características, diferencias entre ambos regímenes, así como las ventajas y desventajas de cada uno.

Adujo que tampoco se le informaron cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como la posibilidad de realizar aportes voluntarios en el régimen privado a efectos de incrementar su pensión, entre otros factores de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de sus dependencias es completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente, necesaria y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993.

Refirió que era pertinente señalar que para la fecha del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los fondos de pensiones contaban con unas obligaciones establecidas de manera expresa en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo cual no se debería imponer a las administradoras de pensiones obligaciones que no se tenían para el momento en que se efectuaron las afiliaciones, máxime que la obligación de explicar a sus afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace solo a partir del inciso 4º del artículo 3º del referido Decreto 2071 de 2015.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que dentro del expediente no obra prueba que al demandante se le hubiese hecho incurrido en error por parte de la AFP o que se estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidenció dentro de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiese inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por la parte demandante; por el contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones de 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de junio de 2022 dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JOSÉ LUIS PARRA MEJÍA al régimen de ahorro individual el 1º de agosto de 1994 por intermedio de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

"SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JOSÉ LUIS PARRA MEJÍA. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

"TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó que de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de PORVENIR S.A. demostrar que al momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le brindó una debida información sobre las características entre los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de cada uno, carga probatoria que dentro del presente asunto no se cumple por la AFP encartada, dejando de presente además que la suscripción del formulario de afiliación no puede entenderse como una asesoría ajustada a derecho para el traslado.

También argumentó que las reasesorías en los términos de la jurisprudencial, no tienen vocación de convalidar el traslado de régimen pensional, disponiendo en consecuencia la ineficacia del traslado, dejando de presente además que el hecho que la actora hubiese tenido traslados horizontales dentro del régimen privado, tal aspecto no convalida el deber de información, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumento en su alzada que cumplió con el deber información según los parámetro exigidos para el año 1994, momento en el cual el demandante se trasladó, por lo que las únicas normas vigentes para esa época eran el Decreto 3466 de 1982 que solamente establecía en su artículo 14 la obligación de brindar una información veraz y suficiente como ocurrió en el caso del demandante, así como el Decreto 663 de 1993 que establecía el deber de brindar una información necesaria para lograr una transparencia al interior de las operaciones realizadas en cabeza de los accionantes.

Que en el mismo sentido, la Ley 100 de 1993 estableció que la selección del régimen debía darse de manera libre y voluntaria como ocurrió al interior del proceso, toda vez que no se discutió que el demandante haya firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, así como que el Decreto 656 de 1994 estableció obligaciones en cabeza de las AFP, pero no hizo alusión al tipo de información que debía ser entregada por parte de estas entidades, por lo que se cumplieron los parámetros legales de información, máxime si se le proporcionó el correspondiente formulario de afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otra parte, que de llegarse a confirmar la decisión de la *a-quo*, y al retrotraer las cosas a su estado inicial, como si la afiliación del demandante en ningún momento se hubiese realizado, existen rubros que no deberían retornar a COLPENSIONES.

Rubros que giran en torno a la condena por la devolución de comisiones, gastos de administración y seguros previsionales de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dado que estos se descontaron para garantizar una buena gestión y administración respecto de los aportes realizados y para generar los rendimientos financieros, por lo que retornar estos rubros a COLPENSIONES quien desde 1994 nunca ha tenido el manejo de los aportes del demandante, implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de dicha entidad.

De igual manera que la indexación denota un doble pago, por cuanto los rendimientos financieros son los que garantizan que el dinero no pierda poder adquisitivo en el tiempo. Frente a la excepción de prescripción solicita se estudie principalmente lo atinente a los gastos de administración, ya que de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., dichas contingencias no están destinadas a financiar las mesadas pensionales del demandante.

COLPENSIONES por su parte argumentó en la azada que, de llegarse a efectuar el traslado del demandante, no se estaría cumpliendo con las obligaciones legales del trabajador y con lo establecido la normativa vigente, la cual indica la prohibición de traslado cuando al afiliado le faltan menos de diez 10 años para tener la edad mínima de pensión.

En cuanto a la declaración de ineficacia por parte de la *a-quo* se tiene que la libre permanencia del demandante por más de 27 años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad saneó cualquier tipo de vicio que se presentara en la celebración del negocio jurídico, máxime que dicho negocio se suscribió con el pleno uso de sus facultades mentales y legales y sin ninguna presión, puesto que la AFP al momento del traslado cumplió los requisitos exigidos para dicha época, sin existir perjuicio frente al derecho pensional, más aún si el único descontento es meramente económico, lo cual no vulnera los derechos a la seguridad social, *a contrario sensu*, el traslado generaría una inestabilidad en la sostenibilidad financiera del sistema y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pondría en riesgo el interés particular del demandante sobre el interés general del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información”*



de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que “*ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió el actor el 19 de septiembre de 1994 con la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy PORVENIR S.A. (Fls. 35 - ARCHIVO 01 y 37 - ARCHIVO 10 PDF), así como el suscrito ante PORVENIR S.A. el 24 de abril de 1998 (Fls. 36 - ARCHIVO 01 y 38 - ARCHIVO 10 PDF), en los que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte del accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informado; por el contrario, el demandante manifestó que la información que le brindaron los asesores de la entonces HORIZONTE fue a razón de una reunión grupal con algunos compañeros de la entidad que fungía como su empleadora, esto es la DIAN, en la que no se le indicó ningún pormenor sobre la diferencia entre ambos regímenes pensionales, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de*



funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales"*.



Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, máxime que el incumplimiento de dicha obligación si recae sobre la referida PORVENIR S.A. por haber reemplazado a la extinta HORIZONTE.

De igual manera, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de verificar traslados al interior del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, no implica convalidar la falta al deber de información para el momento del traslado. En efecto, en sentencia SL1779-2022, Radicación No. 89302, del 24 de mayo de 2022, se consignó:

"De otro lado es preciso destacar que el hecho de haberse producido un traslado entre AFP del RAIS, de Protección S. A. a Porvenir S. A. y viceversa, no permite concluir que se cumpliera con el deber de asesoría, pues de acuerdo con los formularios de afiliación suscritos, estos solo contienen los datos e información general que la asegurada suministró. Por consiguiente, tal actuación no tuvo la virtualidad de ratificar ni el deseo de permanecer en ese régimen ni puede mucho menos representar el cumplimiento del deber de dar información suficiente, veraz y oportuna".

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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



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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora."

Así las cosas, se confirmará la orden emitida en primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Elvia Bibiana Guarín García
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 23 2021 00318 01**
Demandante: ILIANA MARÍA DEL SOCORRO DUEÑAS ACERO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ILIANA MARÍA DEL SOCORRO DUEÑAS ACERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado o afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad llevado a cabo el 29 de noviembre de 1994 a través del Fondo de Pensiones DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.; así como el traslado horizontal realizado el 30 de julio de 2001 a la administradora PORVENIR S.A., por engañosa información suministrada al momento de la afiliación por parte de esas encartadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual forma, pretende se declare que nunca ha efectuado traslado eficaz o válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que siempre ha estado afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; se declare que tiene derecho a que dicha administradora le reconozca y pague una pensión de vejez en valor superior a \$6.000.000 bajo los supuesto establecidos en la Ley 797 de 2003, por cuanto de pensionarse en el fondo privado tendría un detrimento patrimonial según proyección de PORVENIR S.A.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a las demandas a registrar en sus sistemas de información que no efectuó ninguna afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por falta al deber de información; además, se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación al régimen que administra y actualice su historia laboral. Igualmente, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los aportes, rendimientos, bonos y títulos pensionales, comisiones y gastos de administración que hayan sido descontados. Por último, solicita se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, manifestó que nació el 14 de octubre de 1964, y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 5 de abril de 1988 alcanzando un total de 457.29 semanas en ese régimen. Adujo que se vinculó y/o trasladó el 29 de noviembre de 1994 a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., formulario que no fue suscrito por el empleador; adicionalmente esa administradora no cumplió con su deber de información al momento del traslado de régimen, de ahí que no ejerció de manera libre y voluntaria su derecho a la libre elección de régimen pensional, ello en tanto no fue informada sobre el derecho de retracto, no se le realizó un comparativo de su escenario pensional ni se le informó sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, sostuvo que el 30 de julio de 2001 se trasladó a la demandada PORVENIR S.A., administradora que incurrió en las mismas falencias del anterior fondo de pensiones, el que además no le informó de la posibilidad que tenía de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de cumplir 47 años. De la misma forma, relató que después de una asesoría particular se percató del engaño de los fondos privados, en esa medida, solicitó a las demandas la ineficacia del traslado y los documentos de su afiliación en febrero, junio y julio de 2019.

Acorde con lo anterior, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le suministraron copias de su afiliación, además este último fondo de forma falaz registra un proceso de cesión por multiafiliación con COLPENSIONES del cual no fue notificada; igualmente le realizó proyección pensional, obteniendo en PORVENIR S.A. una pensión de \$1.942.300 y con COLPENSIONES de \$5.049.000. Finalmente, expuso que COLPENSIONES le indicó que su afiliación al obedeció al ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la vinculación a ese fondo fue producto de una decisión libre e informada de la actora, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las condiciones pensionales, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación No. 01589187; en consecuencia, su consentimiento no está viciado de error, aunado a que se encuentra inmersa en la restricción estipulada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (Carpeta 05).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda exponiendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de lo cual da cuenta el formulario de vinculación, el cual fue suscrito por la gestora de forma libre y espontánea; además se está frente a un verdadero contrato que genera derechos y obligaciones, sin que se pueda deprecar la ineficacia con base a una expectativa económica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como excepciones propuso 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, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de traslado de aportes (Carpeta 05).

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del escrito inaugural, aduciendo que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; además dentro de la documental allegada no se demostró que se presentó algún tipo de vicio del consentimiento en la afiliación. Así mismo expuso que la actora se encuentra en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible el traslado de la demandante al régimen que administra, lo que de contera vulnera el principio de sostenibilidad financiera.

Formuló las excepciones de mérito de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, resolvió:



"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante ILIANA MARIA DEL SOCORRO DUEÑAS ACERO, que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la efectuada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

"SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, entre el 1º de diciembre de 1994 al 31 de octubre de 1999, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gasto de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

"PARÁGRAFO: Se autoriza a dicha AFP descontar los dineros trasladados el 1º de noviembre de 1999 hacia COLPENSIONES con ocasión de la solicitud realizada por la demandante.

"TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

"CUARTO: DECLARAR que la demandante ILIANA MARIA DEL SOCORRO DUEÑAS ACERO, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Para llegar a esa conclusión, el Juez de instancia argumentó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de escogencia de régimen pensional, para cuyo ejercicio es fundamental garantizar el consentimiento libre e informado. Asimismo, trae a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan.

Seguidamente, enuncia el deber que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima.

Al descender al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyendo que no se evidencian elementos probatorios suficientes para tener por demostrado el deber de información que se le endilgan a las Administradoras, pues si bien del interrogatorio de parte se dilucida que la demandante tenía conocimiento de algunas características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no acontecía lo mismo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, luego no tuvo la oportunidad de realizar una comparación entre los dos regímenes y tomar una decisión objetiva e informada sobre su futuro pensional.

Por todo lo anterior, considera que al no tener por probado por parte de las AFP demandadas el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen, no hay otra consecuencia sino conceder las pretensiones de la demanda, es decir, declarar la ineficacia del traslado con todos sus efectos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, en contra de la condena impuesta de trasladar los dineros de las cuotas de administración con destino a COLPENSIONES, ya que estos son descuentos legales que también proceden en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, incluso en los mismos porcentajes; además dichos dineros por destinación legal no son dados para financiar la mesada pensional, por lo que esta no se ve afectada en ningún régimen. Igualmente, refirió que los dineros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dieron una rentabilidad que se encuentra en la cuenta de ahorro individual para la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, de modo que, al declarar la ineficacia solo deberían ser trasladados los dineros correspondientes a los aportes, pues de lo contrario COLPENSIONES estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa al no solo recibir los dineros sino también los rendimientos, cuotas de administración a las que por ley tiene derecho PROTECCIÓN S.A.. Adicional peticiona se declare la prescripción de los dineros relacionados con cuotas de administración.

Por su parte, la demandada PORVENIR S.A. apeló de manera parcial con respecto a los numerales 1º, 3º y 5º, por lo que solicita se le absuelva de todas las pretensiones de la demanda, dado a que no se cumplen los requisitos para declarar la ineficacia, ya que no hubo ningún acto o conducta dolosa de parte de las AFP pues ello no se probó, por lo que solo podría existir la nulidad relativa que es susceptible de saneamiento y de prescripción.

Adicionalmente, no procede la condena por gastos de administración, ya que según los artículos 2º y 20 de la Ley 100 de 1993, estos corresponden en un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración de las pensiones de invalidez, sobrevivientes y vejez, luego, en concordancia con lo expuesto por la Superintendencia Financiera, las únicas sumas que se deben retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual, por lo que no hay lugar a la devolución de la prima del seguro previsional, ni la comisión de administración, pues esa APF cumplió debidamente, de buena fe y de manera exitosa su deber, además de trasladarse tales conceptos a COLPENSIONES se incurría en un enriquecimiento sin causa, aunado a que los gastos de administración no son imprescriptibles.

Finalmente, COLPENSIONES en su alzada dijo que no se acreditan vicios del consentimiento o dolo, ya que no existía una expectativa legítima para la actora, ya que para el traslado cuenta con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez. Además, la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993 y no es beneficiaria del régimen de transición. Finalmente, que la inconformidad con el valor de la pensión no es prueba de que al momento de realizar el traslado haya sido objeto de engaño, además que para la época en que se trasladó entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regímenes solo se debía dar una información de las condiciones del traslado, siendo evidente el descuido de la actora, por lo que solicita se revoque la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Ahora bien, previo a avanzar con el análisis del caso, se observa que en comunicación dirigida por la demandada PORVENIR S.A. a la actora el 14 de junio de 2019, al reseñar su historial de vinculaciones detalla que estuvo afiliada a COLPENSIONES, de allí se trasladó a ING, posteriormente retornó a COLPENSIONES y por último se vinculó a PORVENIR S.A., observándose que en la última vinculación se menciona una cesión por multiafiliación (Fl. 94 a 95 carpeta 01); igualmente, del Reporte de Semana Cotizadas en Pensiones, expedido por COLPENSIONES se observa que los aportes realizados de septiembre de 1999 a junio de 2001, lapso en el que se indica que la gestora estuvo por segunda vez en ese fondo público, se detalla que desde 1996 a 2001 esos aportes fueron devueltos por estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PROTECCIÓN S.A. (Fls. 42 a 47 carpeta 01); igualmente se encuentra certificación emitida por PORVENIR S.A. en la que se hace constar que la demandante se encuentra afiliada a ese fondo desde el 1º de septiembre de 2001 (Fl. 92 carpeta 05).

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 29 de noviembre de 1994 a DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (FL. 40 y 48- Carpetas 01 y 06), efectiva a partir del 1º de diciembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 49 carpeta 06), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte de la accionante, no se colige que se haya confesado estar debidamente informada; por el contrario, manifestó que asistió a una reunión general en la que les mencionaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, y que con ese Instituto no llegaría a tener una pensión, que las condiciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad eran mejores, sin otorgarle una información clara, necesaria, suficiente y eficaz; de tal modo, que al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de parte de los fondos demandados al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de las encartadas para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por las demandadas en su alzada.

Ahora bien, frente a la apelación de las accionadas sobre la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

En otro giro, y frente a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera, cabe mencionar que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el



artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciable en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión, contrario a lo sostenido por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en su apelación.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).”



“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la misma forma, deberán proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, conforme se indicó en el numeral segundo de la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una de las accionadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 23 2021 00272 01
Demandante: NESTOR MARTINEZ RODRIGUEZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVERNIR
S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá del 9 de mayo de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NESTOR MARTÍNEZ RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a fin que se declare la nulidad de su vinculación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. realizado en el año 1996,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

así como la afiliación efectuada con PORVENIR S.A. en el año 2001, debido a la inducción al error que sufrió por la omisión del deber de información de las AFP.

Como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que hubiere recibido con ocasión de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y rendimientos generados, ordenar a esta última a afiliarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se conceda lo que resulte probado atendiendo a las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 29 de noviembre de 1959, contando con 61 años a la presentación de la demanda; que en septiembre de 1981 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, cotizando un total de 744, 7 semanas.

Posteriormente en diciembre de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A. solo le expusieron argumentos como el que tendría mejores garantías y beneficios al trasladarse, entre ellas el pensionarse con anterioridad y con mayor cuantía respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de igual manera se le señaló que la administradora del Régimen Público sería reformada incrementando las semanas de cotización y reduciendo la tasa de reemplazo, sin que se le haya informado la posibilidad de realizar aportes voluntarios así como las ventajas y desventajas de trasladarse, por ello la información fue incompleta además de poco transparente, misma situación que se dio con la afiliación con PORVENIR S.A. en el año 2001.

De otro lado, alega que con motivo del traslado se le causó un perjuicio económico con respecto a su mesada pensional, pues en PORVENIR S.A. al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

realizarle una proyección pensional obtuvo como resultado la suma de \$877.803, mientras que en COLPENSIONES obtendría una mesada de \$1'434.900.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válida al estar precedida de una asesoría en la que se le brindó información clara y completa; asimismo que no se aporta prueba que demuestre que su traslado estuvo mediado por un vicio del consentimiento; finalmente, que no se pueden imponer obligaciones adicionales a la administradora distintas a las contenidas en el Decreto 656 de 1994.

Presentó los medios exceptivos 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.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones argumentando que la afiliación del actor se dio a raíz de una asesoría que comprendió una información amplia, correcta y contentiva de las características de los regímenes pensionales, por lo cual no medió el error en su vinculación; asimismo que el demandante para el momento del traslado no contaba con una expectativa legítima en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al faltarle ampliamente los requisitos para el reconocimiento pensional en tal régimen.

Del mismo modo, que la voluntariedad de la afiliación del actor está plasmada en el formulario de afiliación que suscribió; en ese sentido la vinculación con PROTECCIÓN S.A. se ciñe a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

COLPENSIONES presentó contestación de la demanda sosteniendo que la afiliación realizada por el actor es válida, pues si bien no se conocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado, lo cierto es que el mismo no pudo estar motivado por razones distintas de una debida asesoría por parte de la AFP con la cual suscribió el formulario de afiliación; por ello, no existe un vicio del consentimiento que haya mediado en el traslado.

Seguidamente expresa que lo que se puede evidenciar es que el accionante incumplió con su deber de informarse que tiene como consumidor financiero, por lo que se está ante un error de derecho el cual no vicia el consentimiento reafirmando la validez del traslado realizado y haciendo imposible recibirla nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime que tal situación iría en contravención del principio de sostenibilidad financiera.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia del traslado del régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del señor demandante NESTOR MARTÍNEZ RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado en este caso por la AFP PROTECCIÓN y los traslados entre administradoras sufren la misma suerte por lo que es ineficaz el traslado realizado a la AFP PORVENIR, conforme a lo considerado.

“SEGUNDO: CONDENAR A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION a devolver a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante, esto es desde el 1 de enero de 1996 y el 31 de diciembre del año 2000, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin posibilidad alguna de descuento por gastos de administración u otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. **PARÁGRAFO:** se autoriza como único descuento los dineros trasladados de esta AFP hacia la AFP PORVENIR S.A. con ocasión al traslado solicitado por el demandante el 1 de enero de 2001.

“TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que haya percibido con ocasión de la afiliación del demandante NESTOR MARTINEZ RODRIGUEZ junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin posibilidad alguna de descuento por gastos de administración u otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

“CUARTO: DECLARAR que el señor NESTOR MARTINEZ RODRIGUEZ se encuentra afiliado al RPM para efectos pensionales administrado hoy por COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia primeramente se refirió al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, relativo a la libre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

escogencia de régimen pensional y el artículo 1604 del Código Civil, el cual consagra que el cuidado y la diligencia en la celebración de los contratos incumbe a quien lo ha debido emplear y por ello la demostración del deber de información está a cargo de las AFP, quienes se encuentran dentro de una responsabilidad profesional.

Descendiendo al caso en concreto y tomando en cuenta las pruebas documentales aportadas y obrantes en el expediente encuentra que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde 1982, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1996 por intermedio de PROTECCIÓN S.A. y posteriormente afiliándose a PORVENIR S.A. en el año 2001. Sobre el traslado enfatizó que es deber de la administradora el haber suministrado la información completa, suficiente y necesaria contentiva de las implicaciones de dejar el régimen en el que se encuentra y las posibles consecuencias futuras, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como la ilustración sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales para efectos de compararlos y adecuar a su situación personal.

Seguidamente señaló que el error que se aduce por parte del demandante en sus pedimentos recaerá en una ineficacia, conforme a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, pues estas son normas especiales que cobijan la materia y por tanto se diferencia con la nulidad que no tiene cabida en el caso en concreto.

Sentado lo anterior, estableció que en el caso del demandante PROTECCIÓN S.A. no allegó elementos de prueba suficientes para tener por demostrado el deber de información a su cargo, dado que las únicas pruebas presentadas para el efecto eran documentales que daban cuenta de su afiliación, las cuales no tienen la suficiente fuerza para dar por cumplido el deber de información. Asimismo, estimó que del interrogatorio de parte practicado, si bien se encuentra confesión de haber recibido información de algunas características, el demandante también afirmó que desconocía la forma de liquidación de su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión y las distintas modalidades para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo tanto la asesoría no fue idónea.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en atención a la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES, en el entendido que esto se traduciría en un enriquecimiento sin causa a favor de la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en un perjuicio de la AFP privada, en tanto se administraron en debida forma los recursos del demandante.

Por su parte PORVENIR S.A. también recurrió la providencia al considerar que del interrogatorio de parte se desprende que el actor realizó su vinculación de manera libre y voluntaria sin que hubiese mediado algún vicio del consentimiento, asimismo de la misma prueba y del formulario de afiliación se extrae que se brindó una información necesaria y suficiente que la ley y la jurisprudencia demandaban para la época del traslado.

Con respecto a la devolución de los gastos de administración manifestó no estar de acuerdo por cuanto tales emolumentos se encuentran regulados en la ley y además no se encuentran en poder de la administradora, pues se destinaron a cubrir la destinación regulada en el ordenamiento legal. Del mismo modo, que la Superintendencia Financiera ha señalado que los traslados de los recursos deben hacerse atendiendo al Decreto 3995 del 2008.

Finalmente, COLPENSIONES presentó recurso de alzada en contra de la decisión de primera instancia, sosteniendo que no se evidenció un vicio del consentimiento en su traslado al no tener una expectativa legítima de pensión; de la misma manera que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse y al no ser beneficiario del régimen de transición es imposible que le aplique lo establecido en las sentencias SU-130 de 2013 y SU-062 de 2010.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otro lado, que la simple inconformidad por la cuantía de su pensión no es prueba de que haya sido engañado por parte de la AFP en el momento de su traslado, y la misma situación no demuestra que se le haya entregado una información incorrecta y poco veraz.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente no se aportó solamente el formulario de afiliación que dé cuenta del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A., sin embargo el mismo se puede acreditar con el historial de vinculaciones del SIAFP aportado por la AFP en donde se evidencia que realizó un traslado de régimen con fecha de efectividad el 1º de enero de 1996 (Fl. 43 del Archivo Digital 06). Por otro lado, si se allegó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el formulario de afiliación que suscribió el accionante con PORVENIR S.A. con fecha del 15 de noviembre del 2000 (Fl. 40 del Archivo Digital 05), en el que se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.* Situación que también cobijaría a la AFP PROTECCIÓN S.A. de haber allegado el mentado documento.

Por otra parte, del interrogatorio de parte practicado al demandante tampoco se colige que haya confesado estar debidamente informado al momento del traslado, pues si bien señaló que conocía de los rendimientos financieros y que estos le ayudarían en la cuantía de su pensión, así como que conocía de manera somera los requisitos para pensionarse y que tendría una cuenta de ahorro individual, también señaló que se le informó sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios, de las variables de las cuales dependía su mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni la existencia del bono pensional.

Por lo anterior se vislumbra que, aunque expresó que no fue coaccionado o presionado para afiliarse, la apreciación del interrogatorio arroja que no confesó el cumplimiento del deber de información en asuntos claves para tomar una decisión informada como los riesgos y efectos que podría tener su traslado, las diferencias entre ambos regímenes o de qué dependería su mesada pensional.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en



cuenta “*la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	Circular Externa No. 016 de 2016	
--	-------------------------------------	--

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, teniendo en cuenta que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, tópico materia del recurso de apelación por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado



en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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



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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).”

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas, por cuanto los recursos de apelación por ellas interpuestos se resolvieron desfavorablemente según lo normado en el artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, conforme se indicó en el numeral segundo de la sentencia de primer grado.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho para cada una de las demandadas la suma de un millón de pesos a cargo lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 26 2021 00296 01**
Demandante: MARIA DEL ROSARIO DEL PILAR PRIETO ACERO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá del 1º de junio de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:



1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA DEL ROSARIO DEL PILAR PRIETO ACERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin que se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio la última entidad con ocasión al incumplimiento del deber de información de la AFP para efectuar su traslado.

Como consecuencia de lo anterior se declare la vigencia de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad y se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual como rendimientos, cotizaciones y gastos de administración. Por último, solicita se conceda lo que resulte probado según las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que comenzó a realizar sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 4 de abril de 1984, cotizando un total de 822,29 semanas; posteriormente se trasladó de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la AFP PORVENIR S.A., suscribiendo formulario de afiliación el 22 de febrero de 2001.

Respecto de la afiliación efectuada en PORVENIR S.A. manifestó que esta no estuvo precedida de una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, pues le dijeron que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES tenía problemas en su estabilidad financiera, lo cual pondría en riesgo su pensión y que podría asegurarse una pensión en mejores condiciones que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; asimismo que se omitió por parte de la administradora ponerle de presente las características de ambos regímenes pensionales y sus diferencias, realizarle una proyección pensional en cada régimen, la manera en que podría acceder a una pensión de mas de 1 SMLMV, la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

faltándole 10 años para pensionarse, y la diferencia de cómo se obtiene una pensión en ambos regímenes pensionales.

Seguidamente expone que su IBC según YABAR LIQUIDACIONES en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería de \$2.449.052, por lo que su mesada pensional en COLPENSIONES ascendería a \$1'790.379, de otro lado mencionó que PORVENIR S.A. en respuesta a solicitud radicada el 7 de noviembre de 2019, le informó que su pensión ascendería a \$828.166 equivalente al 35.05% de su IBL.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, argumentando que la vinculación del actor fue libre y voluntaria como se aprecia en el formulario de afiliación, por ello no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y la devolución de los conceptos por parte de la administradora, máxime que no se alega una actuación dolosa de la administradora en contra del derecho de afiliación como para que opere la consecuencia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, además de que está inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

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

A su turno COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que la afiliación de la accionante se realizó en ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, estando afiliada válidamente a la AFP PROVERNIR S.A. desde hace más de 20 años, sin que se advierta un vicio del consentimiento en su vinculación, aunado a ello que está inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de junio de 2022 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARIA DEL ROSARIO DEL PILAR PRIETO ACERO al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

“TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró en primer lugar que el presente proceso debía ser estudiado a la luz de la ineficacia y no de la nulidad según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo que la misma Alta Corporación ha determinado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como ventajas y desventajas de cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada.

Del mismo modo, señaló que al existir el deber de información este se debe analizar dependiendo del periodo histórico en el que se realizó la vinculación y que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguidamente, expuso que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 establece que para que el traslado surta efectos se debe contar con una manifestación escrita del trabajador en la cual conste que la selección del fondo se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, en el mismo sentido que el artículo 97 de la Ley 100 de 1993 dictamina que las cuentas de ahorro de los afiliados son patrimonios independientes de las administradoras y como estas se encargan de administrar dichas cuentas se rigen por las normas para los encargos fiduciarios, las cuales imponen como obligaciones las de defender los intereses de sus beneficiarios contra actos de terceros y hasta propios, además de ser voceros los mismos. También trajo a colación el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, el cual ordena que los fondos de pensiones deben poner de presente a sus afiliados el reglamento del fondo.

Descendiendo al caso en concreto, enuncia que se encuentra el formulario de afiliación de la actora con PORVENIR S.A., sin embargo, del mismo solamente se extraen sus datos personales. Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora, con todos sus efectos consecuenciales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. presentó recurso de alzada en contra de la providencia de primera instancia, pues en su sentir el formulario de afiliación se presume auténtico y era el único documento a la fecha del traslado exigido a fin de acreditar que la vinculación se había realizado de manera libre y voluntaria, por esa razón la imposición de otras pruebas es obligar a lo imposible a la administradora. De otro lado expone el artículo 9 del Código Civil regula el principio que la ignorancia de la ley no es excusa, y se debe tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 es de conocimiento público.

Respecto de los gastos de administración refirió que estos legalmente se atribuyen a la administradora como contraprestación por la gestión de la cuenta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de ahorro individual, por ello no son parte integral de la pensión y en consecuencia se ven afectados por el fenómeno de la prescripción; del mismo modo menciona que según concepto de la Superintendencia Financiera del 20 de enero de 2020, los únicos conceptos que se deben devolver en caso de una ineficacia del traslado pensional son los aportes y sus rendimientos no contando con esa suerte los gastos de administración y la prima de seguro previsional, por lo tanto estos no deben ser devueltos a COLPENSIONES además porque se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de esta última.

Finalmente refirió que, siguiendo la premisa de que todo debe volver a su estado inicial como efecto de la ineficacia, la demandante debería devolver los rendimientos que se hubiesen generado en el momento en el que estuvo afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la demandante con PORVENIR S.A. de fecha 22 de febrero de 2001 (Fl. 30 del Archivo 001.), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada, pues expresó que fue afiliada cuando un asesor de PORVENIR S.A. acudió a su lugar de trabajo en el año 2001, quien proporcionó una asesoría grupal y luego individual, en la que se diligenció el formulario de afiliación, siendo el argumento que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, por ello era importante que se trasladaran a un fondo privado; y que en dicha asesoría no le informaron las situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas.

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2001, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado de régimen.

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifiquen la devolución de los



gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, no son de recibo los argumentos de PORVENIR S.A sobre el particular.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

«podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»".

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

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).”

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se adicionará la orden emitida en primera instancia. **COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A. al no haber salido avante el recurso de apelación por esta propuesto, según lo normado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 1 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, que quedarán así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada **PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de **PORVENIR S.A.**, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral **1100131050 27 2018 00047 01**

Demandante: **DIEGO ALEJANDRO CHAVARRIO MARTINEZ**

Demandado: **FML INGENIEROS S.A.S.**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de junio de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DIEGO ALEJANDRO CHAVARRIO MARTINEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de FML INGENIEROS S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2013 y el 12 de agosto de 2014, el cual terminó por renuncia voluntaria del actor; igualmente pretende se declare que tiene derecho a que la demandada reconozca y pague las acreencias laborales, indemnizaciones y demás emolumentos a que tiene derecho por todo el tiempo laborado.

Por consiguiente, pretende que se condene al extremo pasivo a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y las vacaciones causadas del 1º de octubre de 2013 al 12 de agosto de 2014, junto con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., en las sumas que se indican en el escrito inaugural.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones indicó que laboró para la demandada desde el 1º de octubre de 2013 como Residente de Obra devengando una asignación mensual de \$1.600.000, vínculo contractual que finalizó el 12 de agosto de 2014 por renuncia voluntaria del trabajador. De otro lado, sostuvo que el 10 de octubre de 2014 envió al representante legal de la pasiva una comunicación solicitando el pago de la liquidación de sus acreencias laborales.

Sin embargo, ante la renuencia de la encartada a pagar la liquidación, la citó ante el Ministerio de Trabajo a conciliar el 19 de noviembre de 2014, oportunidad en la que no compareció. Finalmente, relató que el 2 de marzo de 2015 el representante legal de la pasiva autorizó el pago de la liquidación en la suma de \$2.144.600, pago que se haría efectivo el 15 de abril de 2015, sin que a la fecha de presentación de la demanda se haya realizado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada FML INGENIEROS S.A.S. a través de curadora *ad litem* contestó el libelo genitor con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no se comprobó el incumplimiento de las obligaciones de parte de esa convocada a juicio.

Formuló como excepciones de mérito la de prescripción y la genérica o innominada (fls. 107 a 108 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de junio de 2022, declaró que entre el actor y la demandada FML INGENIEROS S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 1º de octubre de 2013 y el 12 de agosto de 2014. Igualmente, declaró probada la excepción



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prescripción formulada por la curadora *ad-litem* de la enjuiciada; en consecuencia, negó las pretensiones de condena formuladas en la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.

Para arribar a tal conclusión, la falladora de instancia sustentó su decisión en los artículos 22, 23, 24, 4 y 46 del C.S.T., además indicó que la demandada fue declarada confesa respecto de los hechos 1 y 2 de la demanda, teniendo por ciertos los hechos que aluden a que el actor prestó sus servicios a la demandada entre el 1º de agosto (sic) de 2013 y el 12 de agosto de 2014, y que devengaba la suma mensual de \$1.600.000, ello ante la inasistencia de la encartada a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte. Asimismo, encontró acreditado en el plenario que el actor presentó carta de renuncia y que la accionada efectuó pagos de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en mayo y junio de 2014 sobre el salario antes citado y que el Representante Legal de la pasiva emitió carta el 2 de marzo de 2015 señalando que realizaría el pago de la liquidación de prestaciones sociales el 15 de abril de ese año.

Así las cosas, declaró la existencia del contrato de trabajo entre el promotor del litigio y la demandada entre el 1º de octubre de 2013 y el 12 de agosto de 2014. Posteriormente, memoró lo normado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.; adujo que la obligación de pagar las prestaciones sociales se hizo exigible el 12 de agosto de 2014, y la reclamación efectuada por el trabajador del 10 de octubre de 2014, conforme documental de folio 14 del expediente digital, interrumpió la prescripción hasta el 10 de octubre de 2017, de esa manera, como se presentó la demanda ya transcurrido el término trienal, esto es, el 25 de enero de 2018 según el acta de reparto de folio 37 del expediente digital, se tiene que la presentación de la demanda se hizo cuando los derechos se encontraban prescritos, lo que llevó a la absolución del pago de las acreencias que se reclaman en la demanda, pues se causaron con anterioridad al 25 de enero de 2015.

Precisó que si bien la actora resalta que se debía contar la prescripción a partir del 2 de marzo de 2015 fecha en la que la encartada se comprometió a pagar los emolumentos reclamados en la demanda, lo cierto era, que de acuerdo a lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reglado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito efectuado una única vez, lo que ocurrió el 10 de octubre de 2014 y no el 2 de marzo de 2015 como lo aduce la parte actora, lo que se iteró en sentencia SL1397 de 2021 y SL 20028 de 2017, así las cosas, solo contaba hasta el 10 de octubre de 2017 para impetrar la demanda, declarando probada la excepción de prescripción y como consecuencia se abstuvo de efectuar un análisis de las prestaciones reclamadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Indicó que, el término de prescripción se vio interrumpido con la solicitud de conciliación presentada ante el Ministerio del Trabajo el 12 de noviembre de 2014 y la aceptación tácita del empleador del empleador el 2 de marzo de 2015, pues la jurisprudencia ha sido amplia en advertir que en temas laborales se puede interrumpir por el empleador y el trabajador al aceptar tácitamente la liquidación y advertir el valor que se adeudaba.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problema jurídico a resolver, si operó el fenómeno prescriptivo respecto de las acreencias laborales que se reclaman en la demanda; en caso negativo se procederá con el análisis de las pretensiones.

c. De la existencia del contrato de trabajo:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, se advierte que no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió por el periodo comprendido del 1º de octubre de 2013 al 12 de agosto de 2014, a lo largo del cual la demandante devengó un salario igual a \$1.600.000, por cuanto así lo encontró probado la *a quo* y no es objeto de debate en esta instancia.

d. Del pago de las acreencias laborales:

Ahora bien, cabe recordar que la parte actora en las pretensiones tanto declarativas como de condena que enlista en el libelo genitor, solicita además se declare que tiene derecho a que la demandada reconozca y pague las acreencias laborales, indemnizaciones y demás emolumentos a que tiene derecho por todo el tiempo laborado, en consecuencia, depreca se condene a la encartada a pagar las cesantías y sus intereses, la prima de servicios, las vacaciones y la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

De cara a lo indicado no cabe duda alguna, en torno a que la sociedad demandada en calidad de empleadora tenía la obligación de cancelar al gestor en calidad de trabajador, el valor de las prestaciones sociales y las vacaciones en los términos previstos en la ley, de las cuales no se probó su pago por parte del demandado, aspecto que según dijo la falladora de instancia, reconoció el Representante Legal de la accionada en la misiva de 2 de marzo de 2015, documento que si bien no está suscrita por Francisco Antonio Socha, quien la emite en su condición de Representante Legal, lo cierto es, que cuenta con sello de la sociedad, comunicación en la que se indica que realizaría el pago de la liquidación de prestaciones sociales el 15 de abril de 2015 (Fl. 30 archivo 01), de modo que, tal aspecto también se encuentra fuera de discusión.

Por ende, lo que procede a continuación sería concretar el monto de dichas acreencias laborales conforme lo solicitó la parte actora en el escrito inaugural y de paso verificar la viabilidad del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., para lo cual previamente es menester analizar si en efecto operó el fenómeno prescriptivo como lo concluyó la Juez de primer grado, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que conllevó a que resultaran imprósperas las pretensiones de condena que se elevaron en contra de la pasiva.

e. De la prescripción:

Al respecto, conviene acotar que en materia laboral los derechos laborales se encuentran sujetos a un término de prescripción trienal, el cual se cuenta desde la fecha de causación y exigibilidad del derecho y es susceptible de interrupción, por una única vez mediante la correspondiente reclamación, acorde lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo reglado por el artículo 151 del C.P.T y la S.S.

Al respecto, imperioso resulta recordar lo establecido en los aludidos preceptos legales sobre el particular, advirtiendo que el artículo 151 del C.T.P. y de la S.S. señala sobre la prescripción que *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”*.

En igual sentido, el artículo 488 del C.S.T., dispone que *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”* y el artículo 489 de la misma codificación dispone que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”*.

El órgano de cierre de esta especialidad al ahondar en la exégesis que se debe dar a las normas anteriormente referidas indicó en sentencia SL1684-2022, Radicación No. 86012 de 17 de mayo de 2022, lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ahora, en cuanto a las condenas solicitadas, debe resolverse primero lo correspondiente a la prescripción de los derechos alegada por las demandadas, siguiendo el precedente de esta Corporación (CSJ SL1497-2021):

“Tratándose de los derechos emanados de las normas sociales, el artículo 488 del CST, brinda a los trabajadores la oportunidad de presentar sus reclamos dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad y el 489 ibídem, prevé que dicho lapso se puede interrumpir por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador, dirigido y recibido por el empleador, sobre derechos debidamente determinados, para, a partir de ese momento, iniciar un nuevo conteo del referido término; reglas igualmente consignadas en el artículo 151 CPTSS, que también denuncia la censura como trasgredido.

“En punto a la prescripción, esta Corte en sentencia CSJ SL4222-2017, rememoró:

“En las materias del derecho del trabajo y la seguridad social, sabido es, como ya se recordó por la Corte en la sentencia atrás citada, que son dos los preceptos que de manera general y con el carácter de orden público reglan la prescripción extintiva de la acción o del derecho: los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social: el primero, en lo correspondiente a los derechos regulados en ese cuerpo normativo y, el segundo, en lo que tiene que ver con el ejercicio de las acciones que emanen de las leyes sociales. Pero es importante subrayar que ambas disposiciones contemplan una prescripción trienal cuyo término de consolidación empieza a correr desde la ‘exigibilidad’ de la respectiva obligación. También en ambas no basta para la pérdida o extinción del derecho el simple paso del tiempo previsto en la ley, sino que se requiere, además, la inactividad en el derecho o en el ejercicio de la acción durante ese mismo tiempo, pues a decir de la segunda disposición, la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.”

En lo atinente a la compensación en dinero de las vacaciones, la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en sentencia SL 555 – 2013, Radicación No. 39023 de 14 de agosto de 2013, señaló que *“el cómputo del tiempo de la prescripción respecto de aquellas dos modalidades se inicia en momentos diferentes. Pues mientras la prescripción de las vacaciones como descanso se cuenta desde el día en que se cumple el año subsiguiente a aquel en que se causa el derecho a disfrutarlas, la de la compensación en dinero por terminación del contrato se cuenta desde la fecha en que esto último sucedió.”*



De la misma forma en sentencia SL467-2019, Radicación No. 71281 de 6 de febrero de 2019, esa Corporación realizó las siguientes precisiones sobre el asunto:

“La prescripción de las vacaciones compensadas

Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto. Al respecto, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlas desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024.

Paralelamente, ha de enseñar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de todas las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (art. 1.º L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante su vigencia prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo, pues según las reglas generales de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales «prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Desde este ángulo, el ataque a la sentencia es acertado, como quiera que el Tribunal al entender que las vacaciones compensadas son exigibles a la terminación del contrato y, por tanto, susceptibles de ser reclamadas dentro de los tres años siguientes, se abstuvo de aplicar la prescripción de las vacaciones exigibles en desarrollo del nexo laboral."

Así mismo, respecto a las cesantías se debe recordar que de manera reiterada y pacífica se ha indicado que las mismas comportan una prestación social exigible a la terminación del contrato de trabajo (CSJ SL 34393, CSJ SL 41522, 14 agosto 2012, CSJ SL8936-2015, CSJ SL2967-2018, SL2885-2019 y SL4260-2020), cuya prescripción se configura desde ese momento.

Ahora, en este punto conviene abordar lo referente a los requisitos que debe cumplir el simple reclamo escrito del trabajador a fin de que interrumpa la prescripción. Así, de vieja data la Alta Corporación al referirse al tema, sostuvo en sentencia con Radicado No. 30.437 de 1º de febrero de 2011, que:

"(...) el reclamo escrito, con virtud para interrumpir la prescripción, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada, como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios.

"De tal suerte que reclamaciones genéricas, abstractas, indefinidas o indeterminadas carecen de eficacia para interrumpir la prescripción, desde luego que no permiten conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido.

"Siempre debe individualizarse y precisarse el derecho reclamado. Por ejemplo, solicitar el pago de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, pensión de jubilación, pensión de vejez, etc.

"Conviene destacar que si bien es cierto que la redacción del escrito que registre el reclamo del trabajador no exige solemnidad alguna, no es menos exacto que debe contener el señalamiento concreto del derecho, concepto o beneficio recabado."

"Al punto, la Corte, en sentencia del 29 de septiembre de 1961, explicó:

"Son varios los derechos queemanan del contrato laboral, y como lo ordinario y corriente es que el patrono lo satisfaga al expirar el vínculo, para el evento de alguno quede sin cancelar o de que no hayan sido cubiertos en su totalidad, el canon legal exige que el reclamo escrito especifique las deudas pendientes. El mismo requisito debe cumplirse para el caso de que ninguna de las obligaciones haya sido cancelada (...).



Determinar los derechos objeto del reclamo, como lo manda el presentado artículo 489, significa hacer su relación, según la aceptación gramatical del verbo, pues el vocablo expresa esta idea: 'fijar los términos de una cosa'. La frase 'prestaciones sociales' es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o sólo parte de ellas" (Las negrillas pertenecen al texto).

"Y, en sentencia del 1 de diciembre de 1988 (Rad. 2.669), adoctrinó que "...se trata de que el reclamante precise o especifique adecuadamente el derecho impetrado de modo que, por ejemplo, no es aceptable que pida el genero: 'Prestaciones sociales' sino la especie: 'Cesantía'."

Más adelante, y de acuerdo a los argumentos traídos a colación por la activa en la alzada, se encuentra que en sentencia SL4373 de 2019, Radicado de 61077 de 9 de octubre de 2019, además de reiterar la postura antes citada, se hizo alusión al alcance que tiene la reclamación elevada ante el Ministerio del Trabajo entorno a la prescripción, así:

"Ahora, las anteriores disposiciones establecen que para que la reclamación administrativa al empleador cumpla con los efectos de la interrupción, se requiere que en ella se determinen con precisión los derechos reclamados; luego, lo importante de dicha solicitud es que el derecho se encuentre «debidamente determinado» para que se dé por cumplida la institución de la interrupción en los términos normativos, es decir, que por una sola vez se quiebre el conteo de los tres años a partir del momento en que se hizo exigible la obligación. Esta individualización de los derechos nace de la necesidad de que haya claridad respecto a la posible controversia que pueda surgir entre las partes, para que el eventual debate judicial se desarrolle sobre los aspectos puntuales de la reclamación y no respecto de acreencias no pedidas previamente al empleador.

"Igualmente, en lo concerniente a si son válidas las reclamaciones que se hagan a través del Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo, esta Corporación ha señalado que son admisibles para cortar el término prescriptivo, incluso, indicó que son válidas las que se desarrolle ante cualquier autoridad que esté facultada para solucionar conflictos de trabajo, siempre y cuando se le entere al empleador en forma clara y precisa cuáles son los derechos que reclama quien fuera su subordinado. Al respecto se traen apartes de la sentencia CSJ SL, 18 jun. 2008, rad. 33273, los que en lo pertinente señalan:

"De otro lado, es cierto que de acuerdo con las voces de los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador sobre un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por un lapso igual al inicialmente señalado. La exigencia sobre la individualización del derecho tiene su razón de ser en la necesidad de que la eventual contienda judicial se desarrolle sobre



los conceptos claramente especificados en la reclamación y no sobre otros que no estén detallados o cuya ambigüedad le reste eficacia a los efectos que con su presentación al empleador se pretenden.

"Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado.

"Con las advertencias de que dan cuenta los párrafos precedentes, analiza la Corte la certificación expedida por la Inspección de Trabajo del Grupo Empleo y Seguridad Social del Atlántico el 28 de noviembre de 2001, el cual registra la siguiente anotación a título de constancia:

"Que a este despacho se presentó la señora MARÍA DEL SOCORRO SALAZAR VALDÉS, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.498.036 de Tumaco (Nariño) en calidad de querellante, a quien a su solicitud éste despacho citó a la CORPORACIÓN EDUCATIVA SINDICARIBE para atender reclamación laboral de la parte querellante quien solicita pago de indemnización por despido, reliquidación de las prestaciones sociales, reliquidación de salarios por desmejora salarial. Este despacho citó al querellante (sic) por dos veces consecutivas, la primera fue 19 de Noviembre/01 y la segunda para el día 28 de Noviembre /01 a las 8:30 a.m., que siendo la hora y día señalado para la audiencia, la parte querellante (sic) no se presentó, ni envió excusa alguna que justificara su no asistencia...".

"El texto del documento en referencia, expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones, evidencia únicamente que a esa oficina se presentó la señora María del Socorro Salazar Valdés a reclamar de la Corporación Educativa Sindicaribe la indemnización por despido injusto, la reliquidación de las prestaciones sociales y la reliquidación de salarios por desmejora salarial, habiendo sido citada la querellada (aunque equivocadamente se menciona a la querellante) en dos oportunidades sin haber comparecido a ninguna de ellas. Pero no aparece que en las citaciones que la Inspección hizo a la corporación educativa, las cuales, dicho sea de paso, no obran en el expediente, se hubiera incluido dentro de las mismas los derechos laborales pretendidos por la ex-trabajadora, lo que equivale a decir que no hay acreditación procesal alguna que de fe de que la ex-empleadora se hubiera enterado de la reclamación de los conceptos laborales pretendidos por quien le prestó servicios.



“En esas condiciones, no puede afirmarse válidamente que la demandante hubiera interrumpido el término de prescripción, pues para llegar a esa conclusión era necesario demostrar que su empleadora tuvo conocimiento de cuáles eran los derechos laborales a los cuales aspiraba, situación que no es posible deducir del acta levantada ante el funcionario del trabajo en la ciudad de Barranquilla ni tampoco de la inasistencia de la querellada a las audiencias para las cuales fue citada. [...]”

Bajo ese escenario, se recuerda que la falladora de instancia determinó que la relación laboral que unió al actor con la sociedad convocada a juicio se desarrolló entre el 1º de octubre de 2013 y el 12 de agosto de 2014, observando este Juez Colegiado que el actor el 10 de octubre de 2014, radicó solicitud de pago de liquidación ante la demandada, documento que cuenta con selló de recibido de la accionada y la firma de quien recibe, sin que se pueda determinar de quien se trata (Fl. 14 archivo 01), en la que solicita:

“Por medio de esta carta, me permito solicitar a ustedes el pago de la liquidación concerniente al tiempo que labore con ustedes como residente de obra desde el día 1 de octubre de 2013 hasta el día 12 de agosto de 2014.

“Dicha petición la hago de acuerdo a lo que está estipulado en artículo 65 del código sustantivo del trabajo.”

De otro lado, el actor adujo en su alzada que el término de prescripción se interrumpió con la solicitud de conciliación que presentó ante el Ministerio del Trabajo el 12 de noviembre de 2014. En esa medida, al examinarse la citación que dirigió el Ministerio del Trabajo a la enjuiciada el 12 de noviembre de 2014, para que compareciera ante esa entidad el día 19 de ese mismo mes y año, indicó que eran hechos reclamados la *“liquidación de prestaciones sociales”* y la *“indemnización moratoria”*.

Adicionalmente, ante la inasistencia de la demandada a dicha diligencia, el Ministerio expidió el 19 de noviembre de 2014 constancia de comparecencia No. 5844, indicando que el actor se presentó, empero, no así la accionada, además precisó que el objeto de la diligencia era *“liquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria”* (Fls. 28 y 29 archivo 01).

De lo expuesto, palmario es que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador sobre un derecho o prestación debidamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso de tiempo igual; es decir, que ello se podría predicar de la comunicación de 10 de octubre de 2014 y no de la solicitud que se elevó ante el Ministerio del Trabajo, como lo pretende la activa, sin embargo, en sentir de la Sala tal escrito no tuvo la virtud de interrumpir el fenómeno prescriptivo, en tanto, no fue preciso en señalar cuales eran los conceptos que reclamaba al deudor, como lo ha enfatizado la jurisprudencia, pues nótese que el actor solo atinó a solicitar el pago de la liquidación por el tiempo laborado, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 65 del C.S.T., debiendo precisarse que si en gracia de discusión se tomara la citación que se realizó ante el Ministerio del Trabajo para efectos de interrumpir la prescripción, la misma tampoco fue clara en señalar qué clase de prestaciones se estaban solicitando.

Acorde con lo anterior, al no producir el escrito de 10 de agosto de 2014 o la comunicación de 2 de marzo de 2015, el efecto que busca el promotor, es decir, interrumpir la prescripción respecto de las acreencias que se reclamaban en la demanda, esa situación conlleva a que la acción se debía haber impetrado el 11 de agosto de 2017 al haber feneido la relación laboral el 12 de agosto de 2014, a fin de no operar tal fenómeno, siendo interpuesta la demanda el 25 de enero de 2018, como se observa de la hoja de reparto (Fl. 37 archivo 01), operando el fenómeno prescriptivo sobre las acreencias reclamadas como lo dedujo la *a-quo*.

Adicionalmente, y como quiera que la activa aduce en su disenso que existió una aceptación tácita de la deuda a su cargo por el empleador del 2 de marzo de 2015, interrumpiendo así la prescripción por parte de este; tales argumentos hacen imperativo memorar lo expuesto por la Alta Corporación al analizar el tema en comento en sentencia SL1459-2022, Radicación No. 88111 de 4 de mayo de 2022, en la que acotó lo siguiente:

“Así las cosas, la Sala advierte que no se trata en este caso de la típica renuncia a la prescripción, porque tal cual se memoró al hacer el recuento de la actuación procesal, la Universidad propuso ese medio exceptivo al contestar la demanda. Ni siquiera, podría pensarse en la renuncia tácita a la cual ha aludido la jurisprudencia del trabajo, porque no afloran actos o hechos inequívocos, provenientes de esa institución, en el sentido de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconocer los derechos laborales del actor. Mediante sentencia CSJ SL9319-2016, esta Corporación dejó claro que:

“Tocante con la renuncia tácita de la prescripción [...] es útil memorar que de conformidad con el artículo 2514 del Código Civil, para que ella ocurra es necesaria la presencia de un hecho inequívoco de parte de quien puede beneficiarse de ese modo extintivo, en virtud del cual reconoce el derecho de su acreedor. No se trata de cualquier manifestación, sino de una que, per se, refleje la voluntad cierta del deudor de seguir comprometido en el vínculo jurídico que lo ata a su acreedor, que bien pudo diluir enarbolando la prescripción. Al fin y al cabo, esa renuncia o abdicación constituye un acto unilateral de carácter dispositivo que devela el propósito incontestable de no querer aprovecharse de la desidia o inacción del acreedor en el ejercicio de su derecho. El deudor, pese a contar con la posibilidad jurídica de frustrar la reclamación de aquel por el camino de enrostrarle su omisión o dejadez, decide libre y conscientemente honrar su deber de prestación, de forma tal que, mediante acto suyo, reconoce expresa o tácitamente los lazos jurídicos que lo constriñen a satisfacer el derecho de su acreedor. Debe tratarse, entonces, de una situación que no ofrezca duda alguna sobre el reconocimiento que hace el demandado del derecho de su demandante, o, lo que es mejor, de su voluntad de “abdicar de la facultad adquirida” de invocar la prescripción (G.J. t. XLVII, pág. 431) [...]» CSJ SC,01 jun.2005, rad.7921). (Subrayado fuera de texto).

En virtud de los anterior, al verificar la Sala el documento fechado el 2 de marzo de 2015 que reposa a folio 30 del archivo 01 del expediente digital, se observa que el asunto es el pago de liquidación por renuncia, además indicando que *“Se autoriza el pago de liquidación por renuncia al señor DIEGO ALEJANDRO CHAVARRIO MARTINEZ identificado con cedula de ciudadanía número 80.193.262 de la Ciudad de Bogotá, por el monto de DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL SEICIENTOS PESOS M/CTE (\$2.144.600,00). Dicho pago se realizara el día 15 de abril de 2015 según el acuerdo al que se llegó con el señor DIEGO ALEJANDRO CHAVARRIO MARTINEZ y FML INGENIEROS S.A.S.”*, documento que valga la pena precisar, no se encuentra suscrito por quien dice emitirlo, es decir, el señor FRANCISCO ANTONIO SOCHA en su calidad de Gerente General de la demandada, pues solo cuenta con un sello de la sociedad.

En esa medida, para esta Colegiatura no existe certeza sobre la aceptación de la deuda por parte de la encartada como lo ha expuesto la jurisprudencia, de ahí, que no se puede entender la renuncia a la prescripción como lo pretende el demandante. De otra parte, no es dable estimar que con tal documento se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

renunció a la prescripción, en tanto el artículo 2514 del C.C. consagra que “*La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida*”, lo cual no había acaecido para el 2 de marzo de 2015, ello en tanto la prescripción operó hasta el 11 de agosto de 2017.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado de acuerdo con las consideraciones anteriormente referidas. **COSTAS** en esta instancia a cargo del actor.

V. DECISIÓN

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

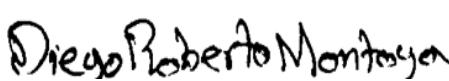
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos referidos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo del demandante, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 29 2021 00381 01**
Demandante: **PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ**
Demandado: **FONCEP**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de FONCEP, la sentencia proferida el 3 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto la sentencia de primer grado fue adversa a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, a fin que se declare la nulidad de la Resolución SPE-GDP 000609 del 19 de junio de 2019 y la Resolución SPE-GDP 00974 del 31 de julio de 2019, última que decidió no reponer la actuación administrativa producto de la investigación administrativa que la demanda procedió a solicitar a la firma COSINTE LTDA., con el fin de verificar dependencia económica, convivencia interrumpida y demás factores propios para otorgar su pensión de sobrevivientes por violación del derecho fundamental del debido proceso que comprende los derechos de defensa y contradicción, como quiera que no fue vinculado a dicha investigación administrativa, y no le fueron dadas a conocer las pruebas a través de las cuales fue negada su solicitud.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, deprecó que se condene al extremo accionado a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la que tiene derecho ante el fallecimiento de su cónyuge señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO (q.e.p.d.), sucedido el 15 de noviembre de 2018, junto con el pago retroactivo desde dicha data debidamente actualizado y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas indicó que, la demandada mediante Resolución No. 1889 del 29 de diciembre de 1995 reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO (q.e.p.d.), en cuantía de \$382.630,95 a partir del 4 de octubre de esa misma anualidad, persona con quien contrajo matrimonio el 31 de octubre de 1975.

Que de dicha unión nacieron sus hijas YARAVI CAICEDO ARZUZA, ROSMERY CAICEDO ARZUZA y ELSA HELENA CAICEDO ARZUZA el 26 de marzo de 1976, el 2 de junio de 1977 y 6 de marzo de 1980 respectivamente, resaltando que como pareja iniciaron su vida matrimonial residiendo en el barrio Ciudad Jardín de la ciudad de Bogotá, lugar en el que convivieron en calidad de arrendatarios hasta el año de 1984, luego en el barrio Candelaria La Nueva de la misma ciudad desde 1985 hasta 1990, mudándose con posterioridad al barrio Los Héroes, en donde convivieron hasta el año 2006, y finalmente se trasladaron al barrio San Cipriano hasta el año 2016.

Expuso que, con ocasión de los percances de salud de la fallecida, se radicó en el Municipio de Chía bajo el cuidado de sus hijas YARAVI CAICEDO ARZUZA y ROSMERY CAICEDO ARZUZA, por cuanto él ante su avanzada edad no se encontraba en condiciones físicas para el cuidado de la causante, aunado a que, la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO falleció el 15 de noviembre de 2018, de ahí que como pareja hubiesen acreditado una convivencia de 41 años.

Adujo que mediante ID 270588 del 23 de abril de 2019 elevó solicitud de pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO, adjuntándose declaraciones juramentadas de él y de los señores FAUSTINO FRANCISCO ACOSTA y LILIA AURORA RODRÍGUEZ,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

quienes bajo la gravedad de juramento manifestaron sobre el conocimiento de convivencia en pareja con la causante.

Que fue por ello que FONCEP procedió a solicitarle a la firma COSINTE LTDA. adelantar la investigación administrativa con el fin de verificar la convivencia económica, convivencia ininterrumpida y demás factores propios para otorgar el reconocimiento pensional, informe que concluyó que no se cumplían los requisitos mínimos para la concesión del derecho, investigación que vulneró el debido proceso que comprende los derechos de contradicción y defensa, como quiera que no fue vinculado a la misma, no le fueron puestas en conocimiento las pruebas con las que le fue negada su solicitud y no le dieron la oportunidad de controvertirlas.

Sostuvo que mediante las Resoluciones SPE-GDP 00609 del 19 de junio de 2019 y SPE-GDP 000794 del 31 de julio de 2019 se negó el derecho pensional y se guardó silencio con respecto a la solicitud de nulidad por la violación al debido proceso.

Por último, expuso que la existencia de un hijo extramatrimonial no es óbice para la negativa del derecho pensional, puesto que la ley no exige tal requisito.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

FONCEP contestó la demanda aceptando que a la fallecida señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución No. 1889 del 29 de diciembre de 1995. En lo que atañe al derecho pensional pretendido por el demandante, adujo que el mismo no se configuró por carencia probatoria del actor, máxime si se tiene en cuenta que según investigación no se encontraron los requisitos mínimos para la obtención del derecho.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción de las mesadas pensionales y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de junio de 2022 condenó al FONCEP al reconocimiento y pago de la sustitución pensional al demandante señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ en su calidad de cónyuge supérstite de la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO (q.e.p.d.), a partir del 15 de noviembre de 2018 en cuantía inicial de \$3.019.504, junto con el pago del retroactivo pensional desde dicha calenda y en forma indexada hasta que al actor se le incluya en nómina.

Para arribar a dicha conclusión la *a quo* manifestó que de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario la causante señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO fue pensionada por el FONCEP mediante la Resolución No. 1889 del 29 de diciembre de 1995, la cual le fue reliquidada a través de la Resolución No. 155 del 9 de mayo de 1996, así como que falleció el 15 de noviembre de 2018 según da fe el Registro Civil de Defunción.

Igualmente, que se probó que entre la causante y el demandante señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ se contrajo matrimonio el 31 de octubre de 1975 como lo refleja el Registro Civil de Matrimonio, de ahí que el actor tenga la calidad de cónyuge supérstite.

Que en tal sentido, sostuvo la operadora de instancia que de conformidad con la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, cuando el vínculo matrimonial se encuentra vigente y no se ha disuelto la sociedad conyugal, la convivencia de los cinco años de que trata la Ley 797 de 2003 se puede demostrar en cualquier tiempo; circunstancia por la cual, en el caso de marras quedó plenamente establecido que el vínculo matrimonial no estaba disuelto, la pareja no se divorció, ni tampoco se había extinguió la sociedad conyugal, por lo que al haberse demostrado que la pareja convivió por un espacio superior a los cinco años en cualquier tiempo, concluyó la configuración del derecho pensional aquí perseguido.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Deja de presente la Sala que el asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del FONCEP en los términos reglados en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que la sentencia de primer grado fue adversa a los intereses de la entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si al aquí demandante señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ en su calidad de cónyuge, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO (q.e.p.d.); o si por el contrario, tales presupuestos no se configuraron al tenor de lo regulado tanto en la ley como en la jurisprudencia.

c. De la Calidad de Pensionado del Causante:

Previo a abordar el problema jurídico, advierte la Sala que como lo estableció la operadora de instancia, no fue objeto de reproche que a la causante señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO (q.e.p.d.), mediante Resolución No. 1889 del 29 de diciembre de 1995 le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación de carácter convencional a partir del 4 de octubre de la misma anualidad, en cuantía inicial de \$382.630.95, prestación que a través de Resolución No. 00155 del 9 de mayo de 1996 se modificó la cuantía del derecho en la suma de \$567.991 (Fls. 94 a 95 y 112 a 116 – PDF 02).

Tampoco fue objeto de reproche que entre la causante y el aquí demandante PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ se contrajeron nupcias el 31 de octubre de 1975 como da cuenta el correspondiente Registro Civil de Matrimonio (Fls.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

219 a 220 – PDF 02), así como que la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO falleció el 15 de noviembre de 2018 (Fl. 164 – PDF 02), y que el aquí demandante para el momento del deceso de la causante tenía más de 30 años de edad como quiera que nació el 4 de abril de 1944 según da cuenta copia de su cédula de ciudadanía y el Registro Civil de Nacimiento (Fl. 207 y 208 – PDF 02).

d. De la Pensión de Sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo, que para el presente evento refieren a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, pues se itera, el deceso de la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO ocurrió el 15 de noviembre de 2018.

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,”

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

En este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, refirió sobre la convivencia lo siguiente:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).”

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso de cónyuge el Alto Tribunal ha establecido que el requisito puede ser cumplido en cualquier tiempo, es decir, que los cinco (5) años de convivencia no deben ser anteriores a la fecha del fallecimiento del cónyuge, además no se hace necesaria acreditar que la ayuda mutua o los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de la muerte, así lo ilustra la sentencia SL997-2022, Radicación No. 81832 del 9 de marzo de 2022, en la que se expuso:

“Sobre el aspecto sometido a consideración, la Sala en sentencias CSJ SL5260 y CSJ SL2015-2021 en las que reiteraron lo manifestado en la sentencia CSJ SL5169-2019 explicó:

“Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de



2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterables hasta el momento de deceso del causante.

"[...]

"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

"Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019)."

Contrario al caso del cónyuge, la compañera permanente debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

"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)."

e. Del Caso en Concreto:

Así las cosas, descendiendo al *sub-examine* se tiene que el demandante en su calidad de cónyuge de la causante nació el 4 de abril de 1944, luego a la fecha del deceso de la pensionada era mayor de 30 años de edad, aspecto por lo que el actor se ubica dentro de la primera hipótesis que regula el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al unísono, también se puede auscultar que el Registro Civil de Matrimonio de la pareja además de demostrar que contrajeron nupcias el 31 de octubre de 1975, no contiene nota marginal alguna que advierta sobre la disolución o extinción del vínculo civil objeto de estudio dentro del presente asunto (Fls. 219 a 220 – PDF 02).

Aunado a ello, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del aquí demandante señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ quien manifestó que estudió Ciencias Sociales y que en la actualidad es pensionado por parte de la Secretaría de Educación. Que la señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO trabajaba para el IDU desempeñándose como Secretaria Ejecutiva.

Que la causante durante los últimos años de vida padeció de diabetes, por lo que requería de cuidados personales tales como el suministro de insulina de manera constante. Sostuvo que los gastos funerarios ante el fallecimiento de la causante corrieron por parte de la familia y un seguro funerario de una cooperativa donde la causante se encontraba afiliada.

Reseñó que el último lugar donde habitó con la causante fue en el Barrio San Cipriano de la ciudad de Bogotá hasta aproximadamente en el año 2011. Que cuando presentó la solicitud de reconocimiento de pensión de sustitución vivía en el Barrio Marsella de la ciudad de Bogotá y al momento del fallecimiento de la causante, ella vivía con su hija ROSMERY CAICEDO ARZUZA en el Municipio de Chía, ya que la fallecida requería de atención por las situaciones de salud



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que padecía, mientras que él se quedó en la ciudad de Bogotá en la Carrera 166 con Carrera 9^a.

Puntualizó que la causante permaneció en Chía con su hija ROSMERY CAICEDO aproximadamente dos años anteriores a su fallecimiento, además que la fallecida empezó a presentar problemas por padecer la enfermedad de Alzheimer. Que la causante tenía descuentos por nómina en su pensión en tanto tenía obligaciones con la Cooperativa de los empleados del IDU.

Que ante las investigaciones del FONCEP para el estudio de la sustitución pensional, fue visitado por una funcionaria de la empresa COSINTE LTDA., quien diligenció un formulario y le hizo algunas preguntas relacionadas con la familia en general, información que consistió en sus datos personales, los de la causante, la empresa donde esta laboró, datos de sus hijas y situaciones relacionadas.

Expuso que se casó con la causante el 31 de octubre de 1975, procreando tres hijas de nombres YARAVI CAICEDO ARZUZA, ROSMERY CAICEDO ARZUZA y ELSA ELENA CAICEDO ARZUZA todas mayores de 25 años en la actualidad. Que él tiene un hijo extramatrimonial de nombre PEDRO MANUEL CAICEDO quien en la actualidad tiene 21 años. Adujo que como pareja nunca se separaron y que el distanciamiento de los últimos años de vida de la causante fue por cuanto su hija debió cuidar de ella, pero manteniéndose vigente en todo momento el vínculo matrimonial.

Por último, indicó que el último domicilio común como pareja lo fue el barrio San Cipriano y cuando la causante se fue a vivir con su hija, él se fue a vivir con su hijo extramatrimonial y con la madre de este de nombre MARTHA CLEMENCIA, siendo explicativo en que en el año 2001 sucedió una relación extramatrimonial simultánea, pero que en todo momento existió una ininterrumpida relación con la fallecida.

La testigo YARAVI CAICEDO ARZUZA expuso que es Nutricionista Dietista e hija del demandante y la causante. Que cuando su madre falleció esta residía en el Municipio de Chía bajo el acompañamiento de su hermana ROSMERY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CAICEDO ARZUZA, lugar en donde vivió aproximadamente tres años hasta su fallecimiento desde el año 2015.

Que su padre y aquí demandante ante los quebrantos de salud de su madre se quedó viviendo en la ciudad de Bogotá en un apartamento con su hermano de nombre PEDRO MANUEL CAICEDO, asumiendo que posiblemente convivía con la madre de su hermano y al mismo tiempo con su madre y causante señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO.

Que su padre y su madre convivieron hasta el año 2015 en la calle 166 con carrera 55 en un apartamento al cual se mudaron después de que su hermana de nombre ELSA ELENA CAICEDO AZUZA se fuese a vivir a Argentina. Que era conocimiento de toda la familia que su padre tenía una relación extramatrimonial de la cual es fruto su hermano, adicionando que cuando su madre se fue a vivir a Chía su padre se quedaba allí unas dos o tres veces por semana aproximadamente, y las otras noches en la ciudad de Bogotá.

Reiteró que como pareja nunca se separaron y que, si bien para el año 2001 tuvo una relación extramatrimonial, al mismo tiempo convivía con su madre. Que ella vivió con sus padres hasta la edad de 27 años y en la actualidad tiene 47 años, interregno que en todo momento convivieron juntos, dormían en la misma habitación, así como que sus estudios fueron financiados por ambos padres, matrimonio que en todo momento permaneció vigente hasta el fallecimiento de su madre.

La testigo ELSA ELENA CAICEDO ARZUZA mencionó que es hija de la causante y del demandante y que ella como testigo reside en Argentina hace diez años, puesto que se fue en el mes de abril de 2012; en la actualidad tiene 42 años de edad. Que para la fecha en que se fue a Argentina sus padres vivían juntos en la ciudad de Bogotá, ya que ella como hija vivía con la pareja.

Que su madre para el momento del fallecimiento vivía en el Municipio de Chía con su hermana ROSMERY CAICEDO ARZUZA desde el año 2015, y para esa misma calenda su padre vivía con su hermano PEDRO MANUEL CAICEDO en la ciudad de Bogotá. Que con sus padres convivió 32 años en el mismo hogar, por lo que tiene pleno conocimiento que la pareja en todo momento permaneció junta;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que sus estudios fueron cubiertos por ambos padres, sin que la pareja en ningún momento se hubiese separado legalmente, reiterando que la pareja tuvo una convivencia ininterrumpida por lo menos hasta el año 2015, cuando su madre se trasladó a Chía con ocasión de su estado de salud.

Mencionó que la pareja siempre compartió los gastos del hogar, sin que su padre se ausentara del hogar, poniendo de presente que en razón del deterioro en el estado de salud de su madre esta quedó al cuidado de su hermana ROSMERY CAICEDO ARZUZA. Que su padre iba eventualmente a Chía donde se encontraba su madre.

La testigo ROSMERY CAICEDO ARZUZA mencionó que es Química Industrial y tiene 45 años de edad, así como que es hija de la causante y el aquí demandante. Que su madre convivió con ella en Chía desde finales del año 2015 hasta la fecha de su deceso, ello por los quebrantos de salud que padecía.

Que desde que su madre se fue a vivir con ella su padre vivía en la ciudad de Bogotá junto a su hermano. Destacó que su padre visitaba a su madre en Chía y en ocasiones se quedaba, siendo enfática en exponer que la pareja en ningún momento se separó.

Que de los 45 años de edad que tiene convivió con sus padres aproximadamente 20 años hasta el año 1998, de ahí que tenga conocimiento que la pareja sobre ese interregno convivió en todo momento, y que como pareja en ningún momento pensaron en separarse legalmente, los cuales por demás se casaron en el año de 1975.

Expuso no tener conocimiento de que su padre de manera simultánea convivía con la señora MARTHA, quien es la madre de su hermano PEDRO MANUEL CAICEDO.

Así las cosas y en atención del caudal probatorio allegado al plenario y en atención de la apreciación de la prueba al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la Sala puede colegir que en efecto el demandante señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ, en calidad de cónyuge de la causante señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO, acreditó la convivencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

exigida en la norma de cinco (5) años, la cual en atención de los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia puede desarrollarse en cualquier tiempo.

Lo anterior, como quiera que contestes fueron las declaraciones de las señora YARAVI CAICEDO ARZUZA, ELSA ELENA CAICEDO ARZUZA y ROSMERY CAICEDO ARZUZA, hijas de la pareja, en manifestar que desde la fecha del matrimonio que lo fue el 31 de octubre de 1975 y, por lo menos hasta el año 2015 cuando la causante se fue a vivir por razones de salud a Chía donde su hija ROSMERY CAICEDO ARZUZA, la pareja nunca tuvo ningún distanciamiento, compartiendo en todo momento techo, lecho y mesa, incluso compartían los gastos del hogar en proporcionalidad igual, toda vez que ambos siempre laboraron; circunstancia por la cual, tales aspectos demuestran una verdadera comunidad como pareja de entrañable afecto y acompañamiento.

Ahora, la Sala pone de presente no desconocer sobre la relación extramatrimonial que el señor PEDRO MANUEL CAICEDO PALACIO tuvo con la señora MARTHA CLEMENCIA como así lo confesó el mismo demandante en su interrogatorio de parte, y que de su fruto nació un hijo de nombre PEDRO MANUEL CAICEDO.

Sin embargo, ese escenario en nada desorienta de la convivencia que el señor PEDRO MANUEL CAICEDO PALACIO tuvo con la causante, que se reitera, existió por lo menos durante el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 1975 y el año 2015, máxime si se tiene en cuenta que como el mismo actor lo confesó, la relación sentimental sucedida con la señora MARTHA CLEMENCIA ocurrió desde el año 2001, así como que su hijo PEDRO MANUEL CAICEDO para el año en curso cuenta con 21 años de edad, lo que advierte una convivencia entre el demandante y la fallecida por lo menos de cinco (5) años en cualquier tiempo en los términos preceptuados en la normativo para el otorgamiento de la sustitución pensional.

Igualmente, resalta la Sala que a las declaraciones de YARAVI CAICEDO ARZUZA, ELSA ELENA CAICEDO ARZUZA y ROSMERY CAICEDO ARZUZA, se les asigna plena credibilidad, en tanto, al ser hijas de la pareja resulta acertado tener conocimiento directo sobre la convivencia, más aún si como hijas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

convivieron con sus padres, e incluso en alguna ocasión permanecieron dentro del núcleo familiar del hogar, por lo que no pueden ser entendidas como testigos de oídas.

También en atención del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto que ocupa la Sala a favor de FONCEP y según disposición del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., se aprecia que la encartada en las Resoluciones SPE – GDP No. 000609 del 19 de junio de 2019 y SPE – GDP No. 000794 del 31 de julio de 2019 (Fls. 284 a 291 y 292 a 298 – PDF 02), a través de las cuales se negó la sustitución pensional perseguida por el señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ, argumenta como uno de los motivos de la negativa del derecho, el hecho de que no se había logrado acreditar la convivencia entre el actor y el causante, como quiera que ante el informe rendido por la firma COSINTE LTDA. se estableció que según declaraciones de vecinos donde presuntamente residía la pareja manifestaron no conocerla, circunstancia que ante la realidad de este proceso, se puede considerar como un actuar carente de fundamento ante la realidad procesal que envuelve este juicio, por lo que el derecho reconocido por la falladora de instancia habrá de confirmarse.

f. De la excepción de prescripción.

Dicho medio exceptivo no prosperó en el caso de marras de conformidad con lo dispuestos en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T., pues nótese que la causante señora ELSA MARÍA ARZUZA PALACIO falleció el 15 de noviembre de 2018, de allí que el demandante señor PEDRO MANUEL CAICEDO JIMÉNEZ elevara reclamación administrativa el 23 de abril de 2019 lo que conllevó a su interrupción, término que quedó suspendido hasta la fecha de notificación de la Resolución SPE – GDP No. 000794 del 31 de julio de 2019 que lo fue el 13 de agosto de esa misma anualidad, y al haberse presentado la demanda en inicio el 6 de marzo de 2020 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, claro es que el término trienal de prescripción no sucedió sobre ninguna de las mesadas pensionales, las cuales por demás deben ser canceladas de manera indexada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia por considerarse que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 29 2021 00436 01**

Demandante: **RICARDO MARTIN OREJUELA**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR METÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá del 9 de junio de 2022.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:



1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RICARDO MARTIN OREJUELA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. a fin que se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio la última entidad ocurrido a finales del año 2003.

Como consecuencia de lo anterior se ordene a COLPENSIONES tenerlo como afiliado sin solución de continuidad, que se traslade a la mentada administradora por parte de COLFONDOS S.A. todos los aportes, rendimientos, gastos de administración, actualización de su historia laboral y el bono pensional que haya lugar y por último se conceda lo que resulte probado conforme a las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES el 20 de septiembre de 1985 y a finales del año 2003 se vinculó con COLFONDOS S.A., trasladándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que en el momento de la afiliación solamente le informaron algunos beneficios que obtendría al pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, omitiendo ponerle de presente las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como el estudio de su situación particular.

Que se le realizó una proyección pensional tanto con COLFONDOS S.A. como con COLPENSIONES, correspondiendo a \$1'618.696 como mesada pensional para 2021 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la suma de \$12'832.347 como mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ello para el año 2026 cuando cumpliría todos los requisitos para el efecto, aplicando una tasa de remplazo del 55.78% al promedio salarial de los últimos 10 años.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la vinculación realizada por el demandante con COLFONDOS S.A. estuvo acorde al artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sin que se pudiese denotar que medió un vicio del consentimiento en esta, por lo que se encuentra válidamente afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; asimismo que el actor está inmerso en la prohibición legal para trasladarse a COLPENSIONES nuevamente.

Presentó la excepción previa de no comprender a todos los litisconsortes necesarios y de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A. por su parte contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, pues en su sentir el traslado se realizó libre, sin presiones y atendiendo los preceptos legales, precedido de una asesoría que le brindó información completa e integral, por ello goza de validez y en consecuencia no es posible realizar los traslados que la ineficacia comprende. Del mismo modo, que no se le vulnera el derecho a la pensión al accionante, pues puede reclamar la prestación ante la AFP a la que se encuentre afiliado.

Presentó las excepciones 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintinueve del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de junio de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado pensional que hiciere el señor RICARDO MARTIN OREJUELA identificado con C.C. No. 79.230.806, realizada ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, con fecha de solicitud 01 de octubre de 2003 y fecha de inicio o efectividad 01 de diciembre de 2003, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

“SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante RICARDO MARTIN OREJUELA, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

“TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral”.

Para arribar a dicha conclusión la Juzgadora de primera instancia consideró que, a pesar de no contar con el formulario de afiliación, la vinculación del actor con COLFONDOS S.A. en 2003 se encuentra acreditada con varias documentales obrantes en el expediente como la historia laboral aportada por la Administradora.

De otro lado, señaló que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido distintas reglas para abordar los casos en los que se debate la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por falta del deber de información, entre ellas que la carga de prueba se radica en la AFP, sin que sea suficiente la suscripción del formulario de afiliación; de igual manera, refirió la evolución del deber de información en las etapas de deber de información puro, de 1993 hasta 2009, deber de información y buen consejo, de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2009 a 2014, y por último el deber de información, buen consejo y doble asesoría de 2014 hasta la actualidad.

Apoyada en lo anterior estableció que la afiliación del actor con COLFONDOS S.A. se dio en el primer periodo histórico y por tanto la administradora debió informarlo sobre las características, riesgos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, situación que no encontró acreditada al no obrar prueba alguna para el efecto y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado con todos sus efectos, excepto la devolución de gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia manifestando que según la jurisprudencia citada por la *a-quo* uno de los efectos de la declaratoria de ineficacia es la devolución de los gastos de administración, por ello solicita se revoque la sentencia en tal aspecto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso no se aportó el formulario de afiliación, sin embargo, tal y como lo expuso la juez de instancia, el momento de vinculación del demandante con COLFONDOS S.A. quedó acreditado tanto en la historia laboral del actor aportada en la demanda (Fl. 16 a 43 del Archivo 001.) en la cual registra el 1º de octubre de 2003, así como en el historial de vinculaciones SIAFP obrante en la contestación de COLFONDOS S.A. (Fl. 7 Archivo 008.) en donde registra en fecha de solicitud el 1º de octubre de 2003 y con fecha de efectividad el 1º de diciembre de 2003.

No obstante, de obrar el formulario de afiliación que diese cuenta de la afiliación del demandante con COLFONDOS S.A. en el año 2003, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte del demandante, no se colige que haya confesado estar debidamente informado en el momento de la afiliación, pues así haya expresado que suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, manifestó de igual manera que fue abordado por un asesor de COLFONDOS S.A. con quien suscribió formulario de afiliación después que se le dijera que era un fondo más seguro, sin que en ningún momento haya advertido situaciones propias de cada régimen pensional, como tampoco las características, ventajas y desventajas de cada uno. Aunado a ello, en el interrogatorio de parte a la



representante legal de COLFONDOS S.A. se informó que no existía documental alguna que diera cuenta de la información entregada en el momento del traslado.

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

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



		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2003, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se modificará la sentencia en este sentido y se ordenará a COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración que haya percibido con ocasión de la afiliación del demandante.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo



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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la AFP Porvenir S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada Porvenir S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de Porvenir S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 09 de junio de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que quedarán así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia CONDENAR a la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

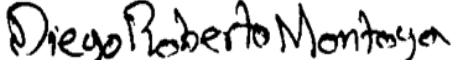
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: **1100131050 33 2019 00716 01**
Demandante: **DANIEL STIVEN HERNANDEZ RUIZ**
Demandado: **SEM DE COLOMBIA EU Y PROQUINAL S.A.S.**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada SEM DE COLOMBIA EU, en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DANIEL STIVEN HERNÁNDEZ RUIZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROQUINAL S.A.S., SEM DE COLOMIA E.U. y FAVIO ORLANDO MEJÍA VEGA, con la finalidad que se declare que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido con los demandados, desempeñando el cargo de Técnico de Motores del 16 de febrero de 2006 hasta el 15 de febrero de 2018, o en los extremos que se acrediten en el trámite procesal; que devengó como salario mensual durante toda la relación contractual la suma de \$2.000.000. Igualmente, se declare que el contrato finalizó de manera unilateral por parte de los empleadores y que la enjuiciada PROQUINAL S.A.S. al ser beneficiaria de los servicios prestados es solidariamente responsable por las condenas que se impongan.

Por consiguiente, pretende que se condene al extremo pasivo a pagar cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones por todo el tiempo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laborado, junto con la indemnización por la no consignación del auxilio de cesantías a un fondo, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones indicó que trabajó mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de febrero de 2006 hasta el 15 de febrero de 2018, cumpliendo un horario de 10:00 a.m. a 8:00 p.m., además señaló que los elementos con los que desarrollaba sus labores eran facilitados por los accionados y que recibía órdenes para el ejercicio de sus funciones. De otra parte, narró que percibía un pago fijo mensual de \$2.000.000 y que diariamente debía registrar su hora de ingreso y salida; que sus funciones consistían en hacer mantenimiento industrial a motores eléctricos, desmontándolos, haciéndoles limpieza y cambio de rodamiento.

De mismo modo, adujo que los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social eran sufragados por los demandados, sin embargo, quedaron adeudando algunos períodos. También manifestó que el 15 de febrero de 2018 se le comunicó a través de la aplicación *whatsapp* que no retornara a cumplir con sus labores hasta nuevo aviso, laborando así para los encartados por espacio de 12 años y 11 días. Finalmente, aseveró que los convocados a juicio no le cancelaron las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones causadas durante toda la relación laboral, como tampoco la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo y la indemnización por despido sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los demandados FAVIO ORLANDO MEJIA VEGA y SEM DE COLOMBIA E.U., contestaron el libelo genitor con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que entre las partes no existió una relación laboral, por cuanto lo único que los ató fue un contrato de prestación de servicios careciendo así de fundamento fáctico y jurídico las pretensiones que se elevan en su contra.

Formuló como excepciones de mérito las de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandados, falta de legitimación en la causa por pasiva, las demás que el juzgado encuentre probadas y que, por no requerir formulación expresa, sean declaradas de oficio. (fls. 46 a 63 archivo 01).

A su turno la demandada PROQUINAL S.A.S. se opuso a las pretensiones del escrito inaugural, indicando que el actor no le prestó servicios de ninguna naturaleza, como tampoco le canceló dineros por ningún concepto ni ha ejercido ningún acto de subordinación.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada PROQUINAL S.A.S., mala fe del demandante, prescripción y la genérica (Fls. 271 a 280 archivo 01).

Mediante auto de 15 de febrero de 2022, el Juzgado de primera instancia adicionó el auto admsorio de 18 de diciembre de 2019 (Fl. 38 archivo 01), en el sentido de tener como demandado además de PROQUINAL S.A.S. y SEM DE COLOMIA E.U., al señor FAVIO ORLANDO MEJÍA VEGA al que le corrió traslado en esa misma providencia y le tuvo por contestada la demanda, en cuanto contestó la misma junto con la sociedad SEM DE COLOMIA E.U., como viene de verse (Archivo 04).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 declaró la existencia de dos modalidades de contratos de trabajo entre el actor y la demandada SEM DE COLOMBIA E.U., así: (i) varios contratos por obra o labor desde el 3 de mayo de 2009 al 15 de octubre de 2016 y (ii) un contrato a término indefinido desde el 1º de noviembre de 2016 al 31 de enero de 2018.

Del mismo modo, condenó a SEM DE COLOMBIA E.U. a reconocer y pagar al demandante respecto del contrato de trabajo a término indefinido por concepto de cesantías \$917.729, por intereses a las cesantías \$91.475.26, por vacaciones \$458.864.83, por prima de servicios \$917.729 por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. del 1º de febrero de 2018 al 1º de febrero de 2020 la suma de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

\$18.749.818 y partir del mes 25, debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las prestaciones y por sanción por no pago de las cesantías, del 1º de noviembre de 2016 al 31 de enero de 2018 \$11.197.434.

Por último, absolvió a SEM DE COLOMBIA E.U., de las demás pretensiones elevadas en su contra y declaró probada parcialmente las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción, frente a las prestaciones causadas del 3 de mayo de 2009 al 15 de octubre de 2016. Asimismo, absolvió a los demandados PROQUINAL S.A.S. y a FAVIO ORLANDO MEJÍA VEGA, de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas a SEM DE COLOMBIA E.U.

Para arribar a tal conclusión el fallador de instancia mencionó los artículos 23, 24, 34, 64 y 65 C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, las sentencias SL4936 de 2021 y SL 164 de 2022; seguidamente relató que se encontró acreditada la prestación del servicio de acuerdo a lo reglado del artículo 24 del C.S.T. por parte del actor, como quiera que debía desplazarse a las instalaciones de PROQUINAL S.A.S. para retirar los motores y realizar el mantenimiento de los mismos en las instalaciones de SEM DE COLOMBIA E.U., de modo que las partes no pusieron en tela de juicio la prestación del servicio por parte del demandante.

En cuanto a los extremos dijo que en inicio el actor prestó sus servicios los fines de semana, sin embargo posteriormente los servicios fueron más frecuentes como se advierte de las cuentas de cobro; además que de los testimonios se pudo establecer que las herramientas para desarrollar las actividades fueron suministradas por la demandada SEM DE COLOMBIA E.U., siguiendo las instrucciones impartidas por dicha demandada, enfatizando que el hecho de tener autonomía en los horarios no desnaturaliza el contrato de trabajo, máxime cuando las labores eran propias del giro ordinario de SEM DE COLOMBIA E.U., pues esa sociedad se dedica a la limpieza y mantenimiento de motores, lo cual no acaece frente a PROQUINAL S.A.S., lo cual tiene incidencia en la solidaridad deprecada por el gestor.

Seguidamente, señaló que la parte demandada allegó un contrato de prestación de servicios para la primera de las épocas en las que prestó servicios el accionante, no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obstante, al analizarlo en conjunto con las demás probanzas que obran en el plenario, se evidencia que en el *sub-lite* existen múltiples contratos de obra o labor del 3 de mayo de 2009 hasta el 15 de octubre del año 2016, en tanto la labor del actor dependía de la cantidad de motores y el tiempo que ocupara en su mantenimiento, existiendo continuidad en el servicio así no laborara todos los días; y de otro lado, el *a quo* indicó que en otro periodo se desarrolló entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido del 1º de noviembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2018 según la confesión vertida por la parte demandada, dado que sostuvo que la prestación del servicio fue continua en el año 2017, lo que se colige con las planillas PILA aportadas por la demandada para ese periodo y que conlleva a la declaratoria de dichas relaciones laborales en esos extremos.

Expuso que, si bien las versiones de los testigos no eran consonantes en lo atinente a la existencia de una sola relación laboral como se depreca en la demanda, reiteró que existieron diversos contratos de obra o labor entre el 3 de mayo de 2009 calenda que se toma como extremo inicial, de acuerdo a las planillas de cobro que aparecen a nombre del actor, y como extremo final tomó en cuenta las cuentas de cobro que se generaron el 15 de octubre de 2016.

Respecto al contrato a término indefinido, señaló que no se acreditó la prestación de servicios entre octubre y noviembre de 2016, por lo que el inicio de ese contrato se dio en noviembre de 2016 y finalizó de acuerdo a los pantallazos de la conversación de *whatsapp* que sostuvieron las partes, en enero de 2018.

Determinó como salario devengado por el gestor el mínimo mensual legal vigente, rubro sobre los cuales liquidó las prestaciones deprecadas, advirtiendo previamente que no había lugar a la solidaridad que se invocaba frente a la enjuiciada PROQUINAL S.A.S., de acuerdo a lo normado en el artículo 34 del C.S.T., dado que esa empresa se encargaba de la producción de textiles en general, luego, las labores no eran conexas y solo se trataba de un cliente comercial de SEM DE COLOMBIA E.U., la cual se dedica al mantenimiento de motores eléctricos, absolviendo así a PROQUINAL S.A.S. de las pretensiones elevadas en su contra.

Dijo que las acreencias generadas frente a los contratos de obra o labor del 3 de mayo del 2009 al 15 de octubre del 2016 se encontraban prescritas, como quiera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que contaba hasta el 15 de octubre de 2019 para presentar la respectiva reclamación y la demanda se radicó el 24 de octubre de 2019, de modo que declaró probada la excepción de prescripción frente a ese periodo.

Sin embargo, precisó que no sucedía lo mismo sobre las acreencias del segundo contrato, es decir, el vigente entre el 1º de noviembre de 2016 y el 30 de enero del 2018, por lo que condenó al pago de cesantías por \$917.729, intereses a las cesantías por \$91.475, vacaciones en suma de \$458.864 y prima de servicios por \$917.729.

Respecto a las indemnizaciones, estimó que no se acreditó que hubiese ocurrido un despido sin justa causa, absolviendo de tal pedimento. En cuanto a la indemnización moratoria adujo que no encontró un actuar provisto de buena fe de parte de la demandada dado que las cuentas de cobro eran realizadas por esa demandada, existiendo una intención de ocultar la subordinación que se dio en el último de los periodos, lo que conlleva a la aplicación de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, calculada sobre el salario mínimo entre 1º de enero del 2018 y el 1º de enero de 2020 en \$18'749,808, misma conclusión a la que arribó frente a la sanción por no consignación de cesantías, en tanto los documentos que se generaron para sustentar la autonomía de la relación laboral eran elaborados por el propio demandado, lo que conllevaba a determinar que sí existía una obligación de consignar las cesantías cada año, de modo que condenó al pago de \$11'197.434 por ese concepto. Finalmente, señaló que no ordenaba el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, ya que el gestor los había realizado y no reclamó la compensación de los mismos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada SEM DE COLOMBIA E.U. inconforme con la decisión la apeló. Como sustento de su alzada adujo que se debe realizar una debida valoración probatoria, toda vez que las testimoniales fueron difusas y alejadas de la realidad al no determinar con certeza la existencia del contrato laboral en los periodos que se declararon en la sentencia de primer grado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo anterior, si se tiene en cuenta que las pruebas documentales que aportó permiten inferir la liberalidad y autonomía con la que el actor prestó sus servicios personales, sin que estuviese presente el elemento subordinación, de lo cual dan cuenta los testigos que rindieron declaración a su favor, quienes indicaron que el demandante en ningún momento tuvo que cumplir horario para desarrollar su actividad, y el hecho que el demandado tuviese herramientas para la actividad que ejecutaba, ello no es indicador de la existencia del elemento subordinación, pues eran herramientas con las que el demandado cumplía contratos comerciales a favor de un tercero.

Además, que estuvo convencido que la relación que lo unió al demandante estaba amparada bajo un contrato de prestación de servicios el cual aportó al plenario, lo que *per se* no es determinante de la existencia de un contrato laboral, pues la validez del contrato de prestación de servicios depende de que obre por escrito, lo que en efecto sucedió y además el mismo actor aportó cuentas de cobro que dan cuenta de la retribución sus servicios, lo que de modo alguno implica un proceder de mala fe o el querer disfraz una relación laboral, solo por el hecho que esa demandada proyectara las cuentas de cobro.

Igualmente, que el actor declaró que no existía un horario que implicara estar presente todos los días para desarrollar sus actividades, aspecto que fue corroborado por los testigos quienes dieron cuenta que no hubo continuidad en el servicio, pues existió liberalidad y autonomía completa de parte del accionante en el desarrollo de actividades.

De otro lado, señaló que el hecho de haber realizado las cuentas de cobro, no era indicio de mala fe, por ende, es improcedente la condena por la sanción moratoria del 65 del C.S.T., la cual no opera de manera automática, reiterando que la relación contractual estuvo regida bajo la creencia de que se trataba de un contrato de prestación de servicios, más si se tiene en cuenta que el demandante pagaba su seguridad social, para lo cual aportaba las planillas en debida forma, sin que se le exigiese el cumplimiento de un horario, y además se probó que el actor desarrolló actividades bajo un contrato laboral para otra empresa, lo cual no fue tenido en cuenta por lo que solicita se revoque parcialmente la sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá dilucidar como problemas jurídicos a resolver: (i) si entre el demandante y la demandada SEM DE COLOMBIA E.U. existió una relación laboral, y (ii) si procede la condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

c. De la existencia del contrato de trabajo:

Al descender al *sub-examine* y de acuerdo con el problema jurídico planteado, procede esta Colegiatura a verificar si el fallador de instancia erró al determinar que el demandante sostuvo una relación laboral con la demandada SEM DE COLOMBIA E.U. en los períodos que estableció en la sentencia de primer grado.

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

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del



proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Así las cosas, cabe memorar que de antaño se ha dicho que una vez acreditada la prestación personal del servicio opera la referida presunción contemplada en el artículo 24 del CST; de modo que el operador judicial no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 34223 de 13 de abril de 2010:

“Para la Corte es claro que, si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley.”

Considera la Sala oportuno traer a colación lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en la que hizo algunas precisiones respecto a la subordinación en la relación laboral, así:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada”

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al



modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Bajo ese escenario, procede esta Colegiatura a analizar las pruebas recaudadas en el presente proceso, advirtiendo que obran en el plenario Contrato de Prestación de Servicios suscrito el 1º de febrero de 2006 entre el demandante y el accionado FAVIO ORLANDO MEJIA, el cual tenía por objeto la ejecución de trabajos y servicios varios y cuya duración se acordó en inicio por un año (Fls. 72 a 73 archivo 01); igualmente, se encuentran planillas de pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social efectuados por el actor como trabajador independiente de septiembre de 2012 a diciembre de 2013, de enero a mayo y julio a diciembre de 2014, enero a noviembre de 2015, enero de 2016 a diciembre de 2017 y enero de 2018 (Fls. 14, 203 a 267 archivo 01). De la misma forma, obran cuentas de cobro efectuadas por el demandante a la encartada SEM DE COLOMBIA E.U., por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suministro de mano de obra del 3 de mayo de 2009 al 31 de enero de 2016 y del 16 de septiembre de 2016 al 31 de octubre de 2016 (Fls. 15 a 17 y 75 a 201 archivo 01).

De otra parte, se recepcionó el interrogatorio de parte del Representante legal de la demandada SEM DE COLOMBIA E.U., señor FAVIO ORLANDO MEJIA VEGA, quien valga la pena memorar también fue llamado a la litis en calidad de demandado como persona natural, quien manifestó que conoció al actor, pues fue contratado laboralmente por prestación de servicios, realizando mantenimiento de motores eléctricos; a la pregunta de si lo había contratado por cuenta propia o por medio de alguna empresa, dijo que fue a nivel personal hacia 2006 realizando mantenimiento a algunos equipos únicamente los fines de semana unas dos veces al mes en la planta de PROQUINAL S.A.S.

También expuso que en febrero de 2009 contrató unas instalaciones en el barrio Ricaurte y cambió de actividad, pues partir de esa calenda se dedicó al mantenimiento de motores eléctricos y que el actor siguió prestando sus servicios a través de un contrato de prestación de servicios por la obra realizada de acuerdo con los mantenimientos o la cantidad de motores que se requerían en su momento.

En cuanto al horario del demandante, señaló que ingresaba y salía a la hora que el actor estimara y que en algunas ocasiones le prestaba herramientas, como llaves y martillos en el taller; sobre la retribución, aseveró que presentaba cuentas de cobro por la labor realizada, de las cuales se evidencia que no existía continuidad en el trabajo que realizaba.

De otra parte, señaló que existió un contrato escrito de prestación de servicios con el demandado, y que las funciones que prestaba en el taller consistían en labores técnicas de mantenimiento que se realiza a los motores eléctricos, como cambios de rodamientos y limpieza.

De la misma forma, refirió que el accionante trabajó hasta el año 2017, y que la terminación del contrato se dio porque no estaba cumpliendo con las labores o servicios asignados, aludiendo que se le asignaba una carga alta de motores para revisar; además, precisó que no existieron llamados de atención y que los pagos de las cuentas de cobro se hacían según la labor que realizaba.



Sostuvo que en el último semestre hubo frecuencia en el mantenimiento de motores, empero, antes era intermitente. Refiriéndose al actor, dijo que de forma verbal se le indicaba la cantidad de motores, los cuales debía entregar en una fecha determinada y de acuerdo a ello pasaba las cuentas de cobro; también adujo que el actor no llevó motores de clientes propios para trabajar en el taller, pues los clientes eran de SEM DE COLOMBIA, y que la relación con PROQUINAL S.A.S. es netamente comercial, sin exclusividad con ese cliente.

A su turno, el representante legal de PROQUINAL S.A.S., señor JAIME RODRIGUEZ, dijo que labora para esa sociedad desde 2014 como Gerente General y Financiero de la compañía, la cual tiene por objeto principal la elaboración de telas; igualmente relató que sostienen una relación comercial con SEM DE COLOMBIA desde 1999 o 2000, la cual les ayuda con el mantenimiento de equipos y motores eléctricos, el cual se lleva a cabo en las instalaciones del contratista con herramientas de aquel. De otro lado, dijo que nunca ha ido a los locales SEM, y que no sabe cómo contrata a sus trabajadores, además indicó que no conoce al actor.

Entre tanto, el demandante DANIEL STIVEN HERNANDEZ RUIZ, dijo conocer al demandado FAVIO ORLANDO MEJIA que se lo presentó un amigo y le propuso el trabajo en el año 2006; que trabajó ayudándole en la limpieza de cuartos de gota y cuartos hidrostáticos dentro de PROQUINAL S.A.S. los domingos, y cuando inició el taller asistía todos los días, lo cual ocurrió entre los años 2007 o 2008.

Adujo que acordaron que inicialmente el pago era de \$35.000 por los domingos y también le ayudó al accionado en el enchape de la casa que tenía de acuerdo con las órdenes que le diera, y cuando la actividad consistió en mantenimiento de los motores prestó el servicio directamente a SEM DE COLOMBIA, lo cual se mantuvo hasta febrero de 2018. Que su pago mensual era relativo porque era de lunes a sábado, a veces de lunes a domingo en los últimos 3 años, ya que no tenía a sus otros compañeros, ascendiendo a \$1.800.000 o \$2.000.000, lo que dependía de las horas extras.

Manifestó que su horario se pactó de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., sin embargo, expuso que arribaba a las 9:00 a.m. o 10:00 a.m., pero así mismo salía a las 10:00 p.m. u 11:00



p.m. También señaló que el señor FABIO MEJÍA realizaba las cuentas de cobro y según el horario hacía descuentos o aplicaba las horas extras, las cuales él suscribía.

El testigo DEIVY HERNÁNDEZ RUIZ manifestó ser hermano del actor y conocer al demandado FABIO MEJÍA al trabajar en oficios varios entre los años 2009 o 2010, haciendo el montaje y desmontaje de motores, limpieza y pintura. Adujo que horario en SEM DE COLOMBIA del actor eran de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., y en ocasiones se extendían hasta las 11:00 p.m. o 12:00 pm y que le hacían llamados de atención verbales cuando llegaban tarde o no portaban la camiseta de SEM DE COLOMBIA.

Narró que el actor trabajó con el demandado FABIO ORLANDO MEJIA hasta el año 2018 cuando salió a vacaciones. Refiere que las labores al interior de SEM DE COLOMBIA del 2010 al 2018 consistían en hacer mantenimiento a los motores. Acotó que las cuentas de cobro las hacía el demandado FABIO ORLANDO MEJIA y que el pago era variable.

A su turno, el testigo MIGUEL ANTONIO ZEA RODRIGUEZ, dijo que trabaja en mecánica y en mantenimiento con el demandado FAVIO ORLANDO MEJIA. Igualmente señaló que el actor no cumplía horario fijo y que tenía llaves del taller, dejando de laborar en 2018 sin conocer los pormenores del finiquito.

Asimismo, se recibió la declaración del señor LUIS EDUARDO MALDONADO LIZARAZO, quien dijo que labora para PROQUINAL S.A.S. hace 30 años como oficinista en el área de mantenimiento; indicó que no conoce al actor, pero aparecía su nombre y cédula en las planillas que le remitían, en tanto dicha sociedad les presta el servicio de mantenimiento de motores el cual se paga mediante órdenes de compra de servicio; igualmente sostuvo que los técnicos de SEM no permanecen en las instalaciones de PROQUINAL S.A.S., y se autoriza su ingreso con base en una plataforma que maneja la empresa y la planilla de aportes a seguridad social.

La testigo MARTA YANETH CEDIEL SUAREZ dijo que labora con PROQUINAL S.A.S. desde 1981 y en la actualidad se desempeña como Jefe de Nómina; sostuvo que no conoce al señor FAVIO ORLANDO MEJIA, y que ha escuchado de la existencia de la sociedad SEM DE COLOMBIA, al ser un contratista de PROQUINAL S.A.S. Adujo no conocer al actor y que los contratistas no permanecen todos los días en la empresa;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que no le consta de algún pago directo al demandante y que existe un interventor que revisa la labor de los contratistas y que cumplan con el tema de seguridad.

Por su parte, el deponente EDWIN CASTIBLANCO refirió que conoce al actor quien hacía mantenimiento de máquinas; que fue contratado por FAVIO ORLANDO y que trabajó con el actor en SEM DE COLOMBIA. Señaló que el demandante inicialmente trabajó en PROQUINAL S.A.S. los fines de semana, y posteriormente prestaron servicios en el taller del referido señor FAVIO ORLANDO arreglando motores, lugar en el que el actor laboraba todos los días.

Finalmente, se recibió la declaración del señor LEANDRO ANTONIO MONDRAGÓN MEJIA, quien dijo que trabaja actualmente para SEM DE COLOMBIA desde 2017 y que el propietario o representante legal es el señor ORLANDO MEJÍA; que trabajó con el actor, pues eran técnicos en mantenimiento de motores. Que les entregaban una serie de motores para mantenimiento y programaban el tiempo de ejecución de la labor.

Que cuando no tenían actividades no acudían a la empresa; que no le consta que le hicieran llamados de atención al actor, y que todos tenían llaves del taller pro cuanto no cumplía horario.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equivoco, de acuerdo con lo previsto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que el promotor de la litis prestó sus servicios en la reparación de motores para SEM DE COLOMBIA E.U., de propiedad del demandado FAVIO ORLANDO MEJIA VEGA, quien funge igualmente como representante legal de esa empresa unipersonal, ya que fue un aspecto aceptado por dicho encartado, empero, aseveró que la creación de la sociedad fue en el año 2009, lo que igualmente indicaron los testigos; sin embargo, al verificar el Certificado de Cámara de Comercio de la misma, se observa que fue constituida el 16 de septiembre de 1997 (Fls. 19 a 21 archivo 01).

Ahora, en cuanto a los extremos de esa relación, sostuvo el demandado FAVIO ORLANDO MEJIA VEGA que el actor empezó a prestar sus servicios en el año 2006, a través de un contrato de prestación de servicios adiado el 1º de febrero de 2006, el cual tenía una duración de un año, documento que aportó ese extremo demandado al plenario como viene de verse. No obstante, el actor y el enjuiciado



FAVIO ORLANDO MEJIA VEGA fueron contestes en referir que en inicio el accionante solo laboró de forma esporádica los domingos, trabajo que se hizo constante en 2009, por lo que si bien podría decirse que la relación laboral inicio en 2006 y no en 2009, como lo estableció el *a-quo*, quien concluyó que la relación laboral inició el 3 de mayo de 2009 según las cuenta de cobro, lo cierto es que no se advierte inconformidad por activa, por lo que no habría lugar a modificar los extremos de los vínculos laborales que se determinaron en la sentencia de primer grado.

De otro lado, debe señalarse esta Colegiatura que al analizar el material probatorio recaudado en el trámite procesal, no se puede concluir que se haya desvirtuado la subordinación que se desprende de la aplicación del artículo 24 del C.S.T. ante la constatación de la prestación del servicio por parte del accionante a la demandada SEM DE COLOMBIA EU, por el hecho que los testigos que declararon a favor del actor dijeron que no cumplía un horario como lo sostuvo el apoderado de la demandada SEM DE COLOMBIA en su alzada, pues si bien no es posible dar crédito al dicho de los testigos DEIVY HERNANDEZ RUIZ y EDWIN CASTIBLANCO en tal sentido, dado que el primero no es claro si estuvo hasta 2009 o 2010 y el último dijo que para el 2009 ya no prestaba ya sus servicios al accionado; también lo es, que en ningún momento dijeron que el actor no cumplía un horario. Además, recuérdese que el demandante dijo que acordó un horario con el empleador demandado de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., y si bien aceptó que nunca llegaba temprano, lo cierto, fue que aseveró que llegaba hacia las 9:00 a.m. o 10:00 a.m., pero así mismo salía a las 10:00 p.m. u 11:00 p.m.

Aunado a lo anterior, el representante legal de la demandada SEM DE COLOMBIA expuso que una de las razones de la terminación del contrato fue porque el actor no estaba cumpliendo con las labores o servicios asignados, y que además las actividades en el último mes fueron complicadas, señalando que si antes no cumplía horario mucho menos en ese punto, y que incluso no iba los días en los cuales se debería cumplir cierto trabajo, acotando que las actividades se debían realizar en las instalaciones de SEM DE COLOMBIA, entendiendo la Sala que el actor no era autónomo como lo pretende hacer ver el accionado, pues debía desarrollar sus funciones en las instalaciones de SEM COLOMBIA en horarios extensos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, el demandado FAVIO ORLANDO MEJIA aseveró que el actor utilizaba las herramientas de la sociedad para desarrollar sus actividades, indicó que él realizaba las cuentas de cobro, es decir, que el demandante no era quien las elaboraba de acuerdo con un control previo que como un verdadero contratista independiente pudiese llevar de su actividad. Además, el demandado señaló que el actor no llevó motores de clientes propios para trabajar en el taller, pues los clientes eran de SEM DE COLOMBIA.

Observa esta Colegiatura que si bien el actor y el demandado FAVIO ORLANDO MEJIA, junto con los testigos MIGUEL ANTONIO ZEA RODRIGUEZ y LEANDRO ANTONIO MONDRAGÓN MEJIA, fueron coincidentes en afirmar que todos tenían llaves para entrar al taller donde funciona la demandada SEM DE COLOMBIA EU, ello *per se* no desvirtúa la subordinación, pues lo que deja entrever a lo sumo es que no existía confianza a efectos de la entrada o salida del accionante o de las demás personas que prestaban sus servicios en el lugar.

Adicionalmente, el hecho que existan pagos al Sistema Integral de Seguridad Social a nombre del actor como independiente, las que valga la pena destacar, indicó que no los realizó él, tampoco son muestra contundente que el trabajador prestara sus servicios en condiciones de autonomía e independencia, que es lo que el últimas resulta definitivo para desvirtuar la existencia del contrato de trabajo, tal como lo ha sostenido el Alto Tribunal en sentencia SL5042-2020, Radicación No. 78990 de 25 de noviembre de 2020.

En esa medida, tales conclusiones son las que compelen a la Sala de Decisión a confirmar la sentencia de primer grado, en tanto, la demandada SEM DE COLOMBIA E.U. no logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.

d. De la Indemnización Moratoria:

La demandada SEM DE COLOMBIA E.U. en su alzada, indica que la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., no procede por el hecho de haber elaborado las cuentas de cobro, pues ello no es indicio de mala fe, máxime cuando creyó estar bajo la égida de un contrato de prestación de servicios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al respecto, huelga memorar que la finalidad este tipo de indemnizaciones es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, de modo que la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, debe precisar la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria, debe memorarse lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1º de marzo de 2017, en la que señaló:

“Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

“Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción (...) del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador”.

Reiterándose que, la imposición de dichas sanciones debe estar precedido de un análisis acorde con las particularidades de cada caso, conforme se ha señalado entre



otras, en la sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020. Además, ha dicho el Alto Tribunal que la simple afirmación del empleador de tener la creencia de estar regido por una forma de vinculación diferente a la laboral, no lo exime de la imposición de la sanción moratoria, así lo expuso en sentencia SL1433-2022, Radicación No. 88526 de 3 de mayo de 2022:

[...] Por tanto, si la subordinación jurídica no solo fue determinada en virtud de la presunción legal derivada de la prestación personal del servicio, sino también reafirmada probatoriamente dentro del proceso, no es posible inferir por parte de esta Sala que el incumplimiento de las obligaciones laborales a favor de la actora a la terminación del contrato, presupuesto de la indemnización del artículo 65 del CST, se debió al convencimiento pleno de la sociedad demandada de que el contrato que la ligó con la actora fue de carácter civil, pues el ejercicio de su parte de actos de subordinación contradicen la supuesta convicción de hallarse vinculada con la demandante mediante una relación civil. (CSJ SL587-2013)."

Acorde con lo anterior, se destaca que a juicio del *a-quo* operaba la imposición de la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T., en atención a que no encontró un comportamiento de buena fe de la sociedad SEM DE COLOMBIA E.U., pues encontró que las cuentas de cobro eran realizadas por esa demandada, la cual se beneficiaba del servicio, existiendo una intención de ocultar la subordinación que se dio en el último de los contratos.

De cara a lo anterior, se observa que la citada sociedad demandada al contestar el libelo genitor, en los hechos y pretensiones dijo que nunca existió una relación laboral con el gestor, pues lo que ató a las partes fue un contrato de prestación de servicios, aspecto que *per se* no denota un actuar de buena fe, pues no se aportó prueba alguna distinta del contrato de prestación de servicios que corrobore la convicción de haberse ejecutado una actividad autónoma e independiente. Por el contrario, como viene de verse no pudo desvirtuar el elemento subordinación, más aún cuando era quien elaboraba las cuentas de cobro, pretendiendo así ocultar la real existencia de la relación laboral.

De lo expuesto, lo que avizora este Juez Colegiado es un actuar de la accionada desprovisto de buena fe ante las obligaciones que como empleador de incumbían, razonamientos que no dejan otro camino a la Sala que confirmar la condena impuesta por la juez de primer grado frente a la imposición de la indemnización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

moratoria regulada en el artículo 65 del C.T.S., al no haberse comprobado por parte de la demandada SEM DE COLOMBIA E.U., una conducta revestida de buena fe, evadiendo así la ley laboral.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada SEM DE COLOMBIA E.U.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

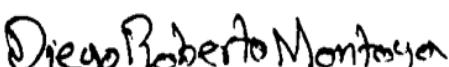
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada SEM DE COLOMBIA E.U.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la demandada SEM DE COLOMBIA E.U., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 35 2021 00340 01**
Demandante: **LUIS ORTIZ PEREZ**
Demandados: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.201.041 y T.P. 267.784 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor LUIS ORTIZ PEREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad llevado a cabo en julio de 1996 a través de la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A.; y el traslado realizado en abril de 1999 a la administradora de pensiones COLFONDOS S.A., por falta al deber de información y buen consejo.

Consecuentemente, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos a nombre del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de administración. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad en el régimen que administra. Finalmente, pretende se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 14 de mayo de 1962, y que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de abril de 1982 a julio de 1996 con la convicción de ser una entidad estable para manejar su pensión, acumulando 323 semanas en esa administradora; seguidamente manifestó que en julio de 1996 se trasladó a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., por cuanto los asesores de ese fondo le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, no le informaron que se realizarían inversiones con su capital, ni los riesgos que ello implicaba, no realizaron una proyección de su mesada ni efectuaron un comparativo de los regímenes pensionales. Expuso que en 1999 se trasladó a COLFONDOS S.A., empero, sus asesores no le informaron sobre características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen, es decir que no recibió una información clara y eficaz.

Señaló que el 15 de junio de 2021 radicó derechos de petición ante las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., solicitando la ineficacia del traslado y el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pedimento que fue despachado de manera negativa por los referidos fondos de pensiones;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

además narró que el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. no fue diligenciado debidamente ya que no se relacionaron sus beneficiarios. Señaló que COLFONDOS S.A. realizó una simulación pensional a la edad de 62 años, estableciendo una mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de \$1.417.930, y en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de \$4.228.770.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no obra prueba en el plenario que permita evidenciar que al actor se le hubiese hecho incurrir en un error o un vicio del consentimiento, como tampoco presentó algún tipo de inconformidad; al contrario lo que se observa es que ejerció su derecho para elegir régimen de manera libre y voluntaria; adicionalmente que no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmerso en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., 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. (Archivo 17).

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentando que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, cumpliendo con todos los requisitos de existencia y validez; además que el actor suscribió el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria, y en consecuencia es un verdadero contrato del cual se generan derechos y obligaciones, sin que se pueda deprecar la ineeficacia con base a una expectativa económica; además el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad límite para la pensión.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP COLFONDOS S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (Archivo 20).

Respecto, a COLFONDOS S.A. se observa que mediante auto del 12 de enero de 2022 se le inadmitió la contestación de la demanda (Archivo 23), sin que en el término de ley haya subsanado la deficiencia endilgada, en consecuencia, el Juzgado de origen en proveído de 20 de abril de 2022 le tuvo por no contestada la demanda (Archivo 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de mayo de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por LUIS ORTIZ PEREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP ING (HOY PROTECCIÓN S.A.), y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP COLFONDOS S.A., fondo en el que actualmente está afiliado, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

"SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

"TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a volver a afiliar a LUIS ORTIZ PEREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A.

"CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, adujo el *a quo* que de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta aplicable la inversión de la carga probatoria respecto de las AFP en tratándose de ineficacias de traslado, por lo que le correspondía a PROTECCIÓN S.A. demostrar que para la fecha del traslado de la demandante le suministró una información y buen consejo sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, en especial, el funcionamiento legal y preciso sobre cada uno de ellos, aspecto que no fue llevado a cabo por las administradoras convocadas a juicio; circunstancia por la cual, al existir dentro del presente asunto una afiliación desinformada del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es ineficaz su actuar, por lo que se deben retrotraer las cosas a su estado anterior.

También hizo alusión que al prosperar la ineficacia del traslado y según lo dispuesto por el órgano de cierre, resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, dichos recursos deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, criterio que es aplicable al porcentaje designado a la constitución del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, aduciendo que la falta de información frente a la afiliación que realizó el actor el 1º de septiembre de 1996 deberá probarse con las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción. Además, el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. apeló la sentencia, indicando que no se le puede restar valor probatorio al formulario de traslado, el cual era el regulado para la época; adicionalmente el promotor está inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, y según la tesis de los actos de relacionamiento el comportamiento del actor denota



la intención de permanecer en ese régimen, pues solicitó información a ese fondo y se trasladó a COLFONDOS S.A.

Además, expuso que administró los aportes del actor debidamente por lo que solicita se revoque la condena emitida por la devolución de gastos de administración y seguro previsional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que “*ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe



conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 3 de julio de 1996, No. 415785 con la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. (Fls. 43 y 20 archivos 02 y 20), efectiva a partir del 1º de septiembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 32 archivo 20), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJSL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*. Sin que obre en el plenario, probanza diferente a la enunciada que permita colegir que al actor se le informó sobre la ventajas, características y diferencias de ambos regímenes pensionales.

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



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

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



Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PROTECCION en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PROTECCIÓN.



Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pronunciado la *Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la misma forma, deberán proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, conforme se indicó en el numeral segundo de la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Elvia Bibiana Guarín García
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos para COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 36 2019 00811 01**
Demandante: **CLEMENCIA MONROY ARIAS**
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLEMENCIA MONROY ARIAS promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 1º de febrero de 1995, ante los incumplimientos de la debida información y buen consejo previo al traslado, como quiera que no se le informó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retracto, entre otros factores desinformativos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y cuotas de administración de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, así como efectuar el respectivo traslado de sus cotizaciones con destino a COLPENSIONES.

Asimismo, se le condene a COLPENSIONES activar su afiliación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, adujo que nació el 12 de enero de 1962, iniciando su vida laboral el 30 de enero de 1989 con el empleador CONSORCIO ZULETA, así como que estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el mes de noviembre de 1998, calenda última cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A.

Que en visita que le realizara un asesor de PROTECCIÓN S.A. en las instalaciones de la empresa donde laboraba, se le informó que tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como CAJANAL se extinguirían, por lo que sus aportes pensionales se encontrarían en riesgo; además no se le informaron, previo a su traslado, las implicaciones de trasladarse de Régimen Pensional y la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización, junto las ventajas y desventajas de afiliarse en el régimen privado.

Expuso que tampoco se le informó de manera clara y por escrito lo atinente al derecho de retracto, la modalidad legal de trasladarse entre regímenes a la luz de lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del escrito inaugural, indicando que en el presente asunto nos encontramos frente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, dado que el formulario de vinculación lo suscribió la demandante de manera libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato el cual generó derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier vicio del consentimiento.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, e innominada o genérica.

COLPENSIONES por su parte manifestó en su contestación oponerse a las súplicas de la actora bajo el entendido que de manera libre y voluntaria realizó el traslado de régimen, sin que haya tenido injerencia alguna en la adopción de dicha decisión; además la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo que a su vez afecta el principio de sostenibilidad financiera de la entidad.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema - Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de junio de 2022 dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora **CLEMENCIA MONROY ARIAS** del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1 de noviembre de 1998, a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

“SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.

“TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

“CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión adujo la *a-quo* que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información. A su vez expuso que, de conformidad con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado, no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993.

Postura que fue reiterada en sentencia SL1688-2019, en la que además se establecieron varias subreglas como son: i) no se debe demostrar un perjuicio o menoscabo económico para que se declare la ineficacia, ii) la sola firma del formulario no es indicativa que el afiliado recibió información, iii) no es posible



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aplicar las reglas de la nulidad, es decir, demostrar los vicios del consentimiento por parte del afiliado, y iv) las administradoras deben demostrar el suministro de información clara y veraz al momento de la afiliación.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva no se demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida los valores de acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo el costo de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas a la fecha de su pago. De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló argumentando que no se acreditó la ineficacia del traslado determinada por la falladora de instancia, pues de manera libre, consciente y voluntaria, se afilió en el año 1995 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., por lo que si bien es cierto que la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indica que los afiliados del sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también se debe recordar que el deber de asesoría ha venido evolucionando con el paso del tiempo, de ahí que para el año de 1995 no existía ninguna carga probatoria que demostrar por las AFP a parte del formulario de afiliación, máxime si la demandante al momento del traslado no contaba con una expectativa pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el



cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 8 de septiembre de 1998 por intermedio de PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad según se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 35 PDF DEMANDA y 36 a 37 PDF CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, no se avizora confesión alguna en el interrogatorio de parte que rindiera la actora, en tanto, en su declaración expuso que el asesor de la AFP brindó una información de manera grupal que duró aproximadamente 10 minutos, y lo único que se le indicó fue que tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como CAJANAL se extinguirían y por ende su futuro pensional se encontraría en riesgo, así como que en ningún momento se le infirmó acerca de ninguna de las situaciones específicas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, la realización de aportes voluntarios, el posible pago a herederos, aspectos todos por lo que la Sala puede colegir que en efecto no existió una explicación adecuada sobre las consecuencias entre uno y otro régimen pensional; circunstancia por la cual, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de



Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evidente resulta la carencia probatoria de la encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, la cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que no se encontró acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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



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

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, el Alto Tribunal en sentencia SL3477-2021, Radicación No. 79281 de 30 de junio de 2021, dijo lo siguiente:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020), criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL2201-2021)."

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

Respecto del principio de sostenibilidad financiera, que alude la demandada COLPENSIONES en impugnación, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración, los seguros previsionales y demás emolumentos, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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

AGENCIAS EN DERECHO: se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de la demandada COLPENSIONES, lo cual deberá ser incluido en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2016 00531 01**
Demandante: EPS SALUD TOTAL S.A.
Demandado: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, LA NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUPREVISORA S.A., FIDUCOLDEX S.A., CONSORCIO SAYP 2011, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A., SERVIS S.A.S. Y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la EPS SALUD TOTAL S.A. contra la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La EPS SALUD TOTAL S.A. promovió demanda ordinaria laboral en contra de UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, LA NACIÓN - MINISTERIO DEL TRABAJO Y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUPREVISORA S.A., FIDUCOLDEX S.A., CONSORCIO SAYP 2011, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A., SERVIS S.A.S. y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., a fin que se las declare solidariamente responsables del daño antijurídico causado a raíz del no pago del valor recobrado por la prestación de servicios de salud que no están costeados en la UPC del POS, hoy PBS, servicios que fueron suministrados por la EPS dando cumplimiento a fallos de tutela.

En consecuencia, se condene a las accionadas al pago de los perjuicios materiales a título de daño emergente estimados en la suma de \$241.271.644, correspondientes a 345 recobros que fueron glosados, más los gastos administrativos sufragados por la EPS para adelantar la solicitud de reclamación y que corresponden al 10% del valor de los recobros en cuantía de \$24.127.164, y los intereses moratorios establecida para los tributos administrados por la DIAN, así como la respectiva indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria depreca que se declare a las accionadas que incurrieron en enriquecimiento sin justa causa y en consecuencia se las condene en los montos antes referidos a título de compensación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que la EPS SALUD TOTAL S.A. en cumplimiento a diversos fallos de tutelas se vio en la obligación de suministrar medicamentos que se encuentran excluidos del POS, hoy PBS, ante lo cual radicó 345 cuentas para pago con los debidos soportes que acreditaban la efectiva prestación y suministro de las tecnologías en salud de acuerdo con los requisitos legales contemplados en las Resoluciones Nos. 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, y 5395 de 2013.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Relata que las demandadas se negaron a cancelar la totalidad de la cobertura económica al aducir que se cancelaba el 50% y el 85% de los medicamentos a raíz de lo ordenado por los Jueces de Tutela; que el CONSORCIO SAYP 2011 y todas y cada una de las sociedades fiduciarias que lo conforman, es el administrador fiduciario del FOSYGA según contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL el 23 de septiembre de 2011; de igual manera la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, así como todas y cada una de las sociedades comerciales que las conforman, actúan en calidad de auditores de las cuentas de recobro presentadas al Fosyga, en cumplimiento del contrato de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013 suscritos con el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Finalmente, que las accionadas no han cancelado a SALUD TOTAL EPS-S S.A. las 345 solicitudes de recobro objeto de la demanda, mismas que ascienden a la suma de \$241.271.644.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Las sociedades CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., antes ASSENDA S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO S.A.S. - SERVIS S.A.S., antes SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO S.A. y el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. - GRUPO ASD S.A.S., antes ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A., integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, contestaron la demanda señalando que no es cierto que las 345 solicitudes de recobro relacionadas hubiesen sido presentadas con los debidos soportes y de acuerdo con los requisitos legales vigentes, en tanto de ser así no se habrían impuesto glosas y observaciones, las cuales se dieron por *"Reliquidación de valores: existe error en los cálculos del recobro"*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, que a través del mecanismo ordinario MYT02, 12 ítems que involucran 4 recobros fueron aprobados, motive por el cual es probable que los mismos hayan sido pagados o están por pagarse.

Propuso y sustentó las excepciones que denominó falta de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver sobre la responsabilidad de las sociedades que conforman la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y/o UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, indebida acumulación de pretensiones, cumplimiento estricto de obligaciones de orden legal y contractual, no configuración de daño antijurídico e inexistencia de falla de servicio, inexistencia de culpa en cabeza de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y/o UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, inexistencia de desequilibrio económico de la relación Estado – EPS, inexistencia de solidaridad de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y las sociedades que la integran, culpa exclusiva de la víctima - E.P.S. demandante, inexistencia de enriquecimiento sin justa causa, inexistencia del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, improcedencia de reconocimiento de intereses de mora u otras sanciones pecuniarias, prescripción del derecho, excepción genérica de pago a través de mecanismos ordinarios o excepcionales.

El MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL contestó la demanda señalando que según información suministrada por parte del CONSORCIO SAYP los recobros presentados fueron rechazados por diversas causas, y al haberse tenido como sustento la Resolución 3099 de 2008, varios de ellos no pueden ser pagados con recursos del Fosyga.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad del Ministerio, improcedencia del pago de intereses



moratorios, la indexacion de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil y la excepción innominada o genérica.

Frente al conflicto negativo de Jurisdicciones, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia del 20 de marzo de 2019 estimó que la competencia radicaba en el Juzgado Laboral del circuito, el que auto del 12 de agosto de 2019 dispuso estarse a lo resuelto y vincular al proceso por pasiva a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, entidad que contestó la demanda refiriendo que de acuerdo con el apoyo técnico las solicitudes se originaron en virtud de Actas del Comité Técnico cineténico o en fallos de tutela, los cuales no contenían ni avalaban la información requerida por la normativa vigente, según las glosas impuestas por el ente auditor consistentes en *"El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico Científico"*.

Finalmente, que si bien la EPS demandante solicita el pago de \$241,271,644 a causa de 345 solicitudes de recobro, lo cierto es que el apoyo técnico otorgado por la Dirección de Otras Prestaciones evidenció que 95 no superaron el proceso de auditoría integral por defectos imputables a la entidad demandante, en virtud de la radicación efectuada a través de mecanismos ordinarios y excepcionales por parte de la EPS, lo que imposibilita su pago, y además dentro del trámite de auditoría se aprobaron solicitudes de recobro por un valor de \$242.650.095, ello en tanto se habían radicado recobros por valor de \$483.789.739.

Propuso y sustentó la excepción previa de ineptitud formal de la demanda - no agotamiento del requisito de procedibilidad reclamación administrativa del artículo 6º de la ley 712 de 2001, y las de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, pagos aprobados y la existencia del hecho o culpa exclusiva de la EPS recobrante como causal exonerativa de responsabilidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera solicitó se llame en garantía a las sociedades SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S., CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. - GRUPO ASD S.A.S., como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, y la sociedad JAHV MAGREGOR S.A. AUDITORES Y CONSULTORES, ello en tanto el 10 de diciembre de 2013 el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 celebraron contrato de consultoría No. 043 de 2013, en el cual se pactó que el contratista se compromete y acuerda en forma irrevocable a mantener indemne al Ministerio por cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes.

En auto del 10 de octubre de 2019, se dispuso reconocer como sucesora procesal de LA NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL a la entidad ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, así como aceptar el desistimiento de las pretensiones de la demanda frente al CONSORCIO SAYP 2011, la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 y las sociedades que los integran y admitir el llamamiento en garantía.

De otra parte, las UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA y FOSYGA 2014, formularon llamamiento en garantía a la aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A. aduciendo que celebraron el contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual general, el cual se instrumentó en la póliza número 021628106/0.

En auto del 26 de octubre de 2021, se estimó que el llamamiento en garantía fue admitido el 10 de octubre de 2019, habiendo transcurrido más de 6 meses sin lograr su notificación, por lo cual lo declaró ineficaz de conformidad con el artículo 66 del C.G.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 4 de mayo de 2022, absolvió a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, de todas las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión señaló como primera medida que los recobros fueron radicados en fechas distintas, por lo cual las normativas aplicables serían tanto el Decreto 1281 de 2002 y la Resolución 2933 de 2008. De igual manera hace mención al artículo 7º de la primera disposición antes referida, según el cual las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas y vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, entre las cuales estima se incluye la indemnización de perjuicios; de igual manera, el artículo 122 del Decreto 19 de 2002, señala que cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo; en igual sentido, en el parágrafo del artículo 111 *ejusdem*, consagra que por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagara todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C. C.A., o en la norma que lo sustituya.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, concluyó que en el presente proceso se persigue una indemnización de perjuicios cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad de los recobros, en tanto no se accionó antes de que opere tal término, sin que sea dable revivir términos con fundamento en una acción indemnizatoria.

Finalmente, que la parte demandante no puede beneficiarse de su propia inacción y no es dable emitir un fallo *ultra y extra petita*.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a quo* la parte demandante SALUD TOTAL EPS S.A. formuló recurso de alzada señalando que se hizo una valoración indebida de la normativa aplicable como del acervo probatorio. Ello por cuanto la demanda debe analizarse bajo los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades y la prevalencia del derecho sustancial, a fin de determinar que desde la reclamación administrativa se solicitó el pago de las facturas glosadas atinente a 345 recobros por medicamentos NO PBS; así las cosas, las pretensiones si se ceñían al pago del reembolso de las tecnologías en salud asumidas por la EPS, motivo por el cual no era dable emitir absolución bajo el argumento que solo se deprecó una indemnización de perjuicios relevándose además del estudio del dictamen pericial.

De otra parte, que se surtió oportunamente y en su integridad el trámite del recobro, por lo cual resultan procedentes los intereses moratorios, tal como se ha estimado en diversos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Refiere además que en el presente evento no es aplicable la caducidad, en tanto los derechos prescriben en el término de tres (3) años siguientes a su exigibilidad. Así las cosas, solicitó se emita condena por las pretensiones incoadas en la demanda, incluyendo los gastos administrativos e intereses moratorios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la EPS accionante tiene derecho al reconocimiento de perjuicios.

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

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

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

De cara a lo indicado, la Ley 100 de 1993 se encargó del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, puntuizando que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozan de un



régimen de beneficios enmarcados dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

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

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

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

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

"El Decreto 1281 de 2002 emitido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 4 del artículo 111 de



la Ley 715 de 2001 y «Por el cual se expedien las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación», en su artículo 1 señala lo siguiente:

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

“La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.(Subraya la Sala).

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

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

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

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

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."

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

"Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial."

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

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

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

En ese orden de ideas, resulta palpable que, si la parte accionante cubrió tecnologías y servicios no incluidas en el POS, hoy PBS, tiene a su alcance accionar en contra de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a efectos de deprecar el pago de los rubros que haya destinado a la cobertura antes mencionada.

Una vez determinado lo anterior se tiene que el *a-quó* fundamentó la absolución de las pretensiones, en el hecho que por activa se acciona un reconocimiento de perjuicios con posterioridad al vencimiento del término de caducidad que regula el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002 y los artículos 111 y 122 del Decreto Ley 019 de 2012.

Sobre el particular tales disposiciones establecen:

“DECRETO LEY 1281 DE 2002:

“Artículo 7º: TRÁMITE DE LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

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

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

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

DECRETO LEY 019 DE 2012:



“Artículo 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

“Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

“PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.

“[...]

“Artículo 122: Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.

“Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.

“Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo.

A juicio de la Sala dichas preceptivas en efecto resultan aplicables al reclamo administrativo que se surte ante el FOSYGA, actualmente ante el ADRES, más en manera alguna modifican o regulan el término prescriptivo que tal como lo ha establecido el Consejo de Estado es de tres (3) años al tratarse del recobro de facturas, tal como se analizará con posterioridad.

De otra parte, resulta evidente que el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002, establece como sanción por no radicar el recobro dentro de los seis (6) meses siguientes, que no haya lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias, lo cual en manera alguna comprende el pago del recobro deprecado por los servicios no incluidos en el POS, hoy PBS, pues tal normativa no regula la pérdida o extinción de tal derecho, el cual, a diferencia de lo estimado por el *a-quo*, es dable deprecarlo bajo la figura de la indemnización de perjuicios a título de lucro cesante, pues en últimas se solicita la devolución de los dineros destinados a cubrir servicios de salud no cubiertos por el POS, hoy PBS, en virtud del cumplimiento de fallos de tutela o de actas del Comité Técnico Científico.

La Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004 señaló:

"73. Visto el artículo 13 del Decreto Ley núm. 1281 de 2002, sobre los términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga, el precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

"[...] 4.2 El análisis de los cargos por el supuesto desconocimiento de los objetivos fijados en la Ley de facultades en materia de eficiencia en la gestión de los recursos destinados al sistema de seguridad social en salud, así como por la supuesta vulneración de los artículos 48, 49 y 209 superiores.



"[...]

"Concretamente afirma que dicho artículo dilata el flujo de recursos necesarios para asumir el costo de la prestación de servicios de salud, al obligar a particulares y entidades públicas a someterse al trámite de procesos judiciales para obtener el pago de obligaciones que pueden ser reconocidas directamente por la vía administrativa y que son exigibles por principio a través de este mecanismo, con lo que en vez de mejorarse el flujo de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, éstos terminarán destinados a actividades que no se relacionan con la prestación del servicio y con el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

"Al respecto la Corte llama la atención sobre el hecho de que el supuesto del que parte la actora solamente se dará si precisamente pasados seis meses desde i) la generación o ii) "establecimiento de la obligación de pago, o iii) de la ocurrencia del evento, según corresponda, no se ha acudido a la administración para efectuar el cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga.

"La norma obliga en efecto a efectuar las reclamaciones en el término señalado so pena, no de perder el derecho al pago de la obligación de que se trate -el cual podrá obtenerse en todo caso por vía judicial pasado dicho término- sino de la posibilidad de reclamarla por vía administrativa ante el Fosyga.

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

Una vez determinado lo anterior, se procede al estudio de las pretensiones contenidas en la demanda, debiéndose inicialmente y por efectos de la cantidad de facturas cuyo pago se depreca, analizar la excepción de prescripción.

d. Excepción de Prescripción:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tal como se estableció con anterioridad, el recobro de los emolumentos por parte de la EPS prescribe en el término de tres (3) años. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

“La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*“Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

De otra parte, se tiene que de conformidad con el artículo 6º *ejusdem*, la reclamación administrativa interrumpe el término prescriptivo.

Ahora bien, a efectos de establecer la fecha desde la cual la obligación se hace exigible, se tiene que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 2 de diciembre de 2021, Radicación No. 25000-23-24-000-2010-00225-01, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“93. En suma, el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, establece que las reclamaciones que deban atenderse con recursos de cualquiera de las subcuentas del FOSYGA, deben presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o a la ocurrencia del evento y, tratándose de recobros por prestación de servicios médicos excluidos del POS, la obligación de pago a cargo del FOSYGA, surge una vez que la EPS, ARS o EOC ha pagado con recursos propios dicho servicio, por cuanto de lo contrario no hay lugar al reembolso.

Así las cosas, la EPS tiene a su alcance iniciar la acción judicial una vez haya realizado el pago, lo cual la habilita para solicitar judicialmente el recobro.

Una vez determinado lo anterior, y de la revisión de la base de datos aportada al plenario, así como del dictamen pericial, se tiene que las Tecnologías en Salud asumidas por SALUD TOTAL EPS, corresponden al periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2009 y el 27 de noviembre de 2013.

De igual manera, la reclamación administrativa se efectuó el 25 de mayo de 2015 (Fl. 56), la cual interrumpe por una única vez el término prescriptivo, de tal manera que resulta evidente la configuración de la excepción de prescripción de los recobros de las tecnologías en salud prestadas con anterioridad al 25 de mayo de 2012.

En ese orden ideas, se encuentran prescritas las siguientes facturas:

Radicado Fosyga	Cédula	Servicio	Fecha	Valor de Recobro
25594676	20466993	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	12/05/2012	93.000,00
25651339	1029144660	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	13/02/2012	93.280,00
25726524	1088240666	DIPROSONE CREMA 0.05 % 40 G - (BETAMETASONA DIPROPIONATO)	18/04/2012	9.850,00
95067555	3881012	(CMD 7)-GALANTAMINA CAPSULA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 8 MG	13/04/2010	218.736,00
95067613	95121807107	IMMUNATE POLVO PARA RECONSTITUIR 500 +250UI - (FACTOR VIII+VON WILLEBRAND)	29/03/2010	5.364.000,00
95067563	21574080	GABAPENTIN CAPSULA 300 MG	25/03/2010	48.420,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

95067575	75105953	LANTADIN TABLETA 6 MG - (DEFLAZACORT)	18/02/2010	44.280,00
95067568	52124627	URBADAN TABLETA 20 MG - (CLOBAZAN)	08/04/2010	154.935,00
95053633	97073001130	INSULINA GLULISINA RECOMBINANTE (EQ. 300UI) SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	30/12/2011	26.134,00
95067562	12712728	(CMD 10)-NORVAS TABLETA 10 MG (AMLODIPINO BESILATO EQ. A AMLODIPINO)	23/03/2010	111.390,00
95067578	4489576	CLOPIDOGREL TABLETA 75 MG	18/02/2010	13.034,00
95067561	63486867	CINTA INDICADORA PARA GLUCOMETRO CONTOUR TS - CAJA X 50 UNIDADES	14/04/2010	112.500,00
95039152	1025535580	BIPEDESTADOR EN PRONO SOPORTE DE TRONCO RODILLAS PIES CADERAS ANGULOS DE INCLINACION Y MESA DE TRABAJO	01/12/2010	3.000.000,00
95067585	77015125	OLMETEC HCT TABLETA 40+12.5 MG - (OLMESARTAN MEDOXOMIL + HIDROCLOROTIAZIDA)	13/04/2010	54.615,00
95067581	C6M0250428	LEUPROLIDE ACETATO SOLUCION INYECTABLE 3.75 MG	12/04/2010	145.200,00
95067554	25057574	FIBROFALK GRANULOS PARA RECONSTITUIR 3.25 G/5 G - (PSYLLIUM MUCILAGO (EQ. ISPAGHULA HUSK - PLANTAGO OVATA))	07/04/2010	87.750,00
95067596	37930402	(CMD 14)-DIOVAN HC TABLETA 80+12.5 MG - (VALSARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	05/04/2010	88.564,00
95067583	1006308958	CICLESONIDA SUSPENSION ACUOSA PARA INHALAR 80 MCG/5ML/60 DOSIS	31/03/2010	75.000,00
95067610	25057574	CITRATO DE ROCIVERINA TABLETA RECUBIERTA 10 MG	07/04/2010	70.020,00
95067682	65758570	TOXINA CLOSTRIDIUM BOTULINUM TIPO A 4.8NG EQ. A POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 100 UI	16/03/2012	620.752,00
95067588	7439693	(CMD 7)-AKATINOL TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 10 MG - (MEMANTINA)	29/03/2010	170.190,00
95067564	18503421	(CMD 10)-TRAMADOL CLORHIDRATO TABLETA O CÁPSULA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 100 MG	10/04/2010	172.440,00
95067584	41769717	(CMD 7)-NEDOX TABLETA 40 MG - (ESOMEPRAZOL)	20/04/2010	42.700,00
95067586	5162377	DORZOLAMIDA/TIMOLOL SOLUCION OFTALMICA 20+5 MG/ML/5 ML	13/04/2010	28.584,50
95067591	1107841162	INMUNOTERAPIA (HIPOSENSIBILIZACION CON ANTIGENOS)	14/04/2010	39.750,00
95067605	14954528	PLAVIX TABLETA 75 MG - (CLOPIDOGREL)	25/03/2010	139.410,00
95067569	28517014	GLAUCOTENSIL SOLUCION OFTALMICA 20+5 MG/ML/5 ML (DORZOLAMIDA/TIMOLOL)	21/04/2010	28.584,50
95067557	1111544680	(CMD 20)-PANZYTRAT CAPSULA 25000+22500+1250 UI - (PANCREATINA DE POLVO DE PANCREAS	19/04/2010	36.380,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

		CORRESPONDIENTE A LIPASA/AMILASA/PROTEASA)		
95086712	1001097355	(CMD 6)-ALFA-DORNASA DESOXIRIBONUCLEASA (EQ. 1MG/ML) LIQUIDO PARA NEBULIZACION 2.5 MG/2.5 ML	19/11/2010	2.096.325,00
95086691	1081001731	SILLA COCHE PEDIATRICO - SEGUN INDICACIONES	22/12/2011	2.900.000,00
95100093	1020745980	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETA 500 MG	25/04/2011	616.200,00
95086715	45445067	TRASTUZUMAB SOLUCION INYECTABLE 440 MG 20 ML	19/11/2010	3.463.444,00
95140308	1199553	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	29/11/2010	332.305,00
95139769	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	09/11/2011	221.537,00
95177801	5800457	BARRERA COLOSTOMIA RIGIDA 45 MM - UNIDAD	18/08/2011	146.410,00
95178095	3780799	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	31/01/2011	221.537,00
95178083	75089217	(CMD 7)-ZYPREXA TABLETA 10 MG - (OLANZAPINA)	28/04/2011	279.398,00
95139761	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	21/10/2011	108.307,00
95177851	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/08/2011	147.691,00
95139691	50901426	(CMD 10)-CLOMIPRAMINA RETARD TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 75 MG	01/03/2012	133.965,00
95177829	96112827550	HEADPIECE PLATIUM	03/12/2010	319.000,00
95140303	98060757909	(CMD 28)-TOPIRAMATO TABLETA 50 MG	21/12/2010	495.110,00
95139660	20466993	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	20/08/2011	147.691,00
95139811	1146558	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	10/08/2011	108.307,00
95177823	26933751	(CMD 5)-ORAZOLE CAPSULA 40 MG - (OMEPRAZOL)	08/10/2011	150.570,00
95140248	1088008416	(CMD 10)-TEGRETOL RETARD TABLETA O TABLETA RECUBIERTA 400 MG - (CARBAMAZEPINA)	22/08/2011	147.960,00
95139770	26933751	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/07/2011	114.892,00
95139847	94313890	(CMD 30)-SULFATO DE ABACAVIR EQ. ABACAVIR/LAMIVUDINA TABLETA RECUBIERTA 600+300 MG/MG	15/12/2010	350.250,00
95178020	36590924	VIATICOS TRASLADO AEREO PACIENTE	02/05/2011	620.276,00
95178097	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/07/2011	147.691,00
95265265	39783428	TRANSPORTE URBANO REDONDO ZONAS DE DIFÍCIL ACCESO	21/11/2011	200.000,00
95253157	1029144660	NESSUCAR LATA/550 G - (DEXTRINA+MALTOSA DE PAPA POLVO PARA RECONSTITUIR)	14/09/2011	37.305,50
95188976	26933751	BARRERA COLOSTOMIA FLEXIBLE 70 MM - UNIDAD	21/12/2011	104.377,50
95188981	97073001130	CINTA INDICADORA DE GLUCOSA EN SANGRE PLUS TIRAS UN OPTIUM XCEED 5S 99664935 ABBOT - UNIDAD	20/08/2011	127.500,00
95265584	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	03/08/2011	80.000,00
95225345	1004755134	OXIBUTININA CLORHIDRATO TABLETA 5MG	18/08/2011	10.230,00



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

95225333	1026144975	CLOBAZAN TABLETA 10 MG	29/10/2010	64.845,00
95228345	17048189	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	13/09/2011	125.280,00
95224247	26933751	(CMD 30)-CALCIBON D TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 1500+200 MG/UI (CITRATO DE CALCIO TETRAHIDRATADO EQ. A CA ELEMENTAL/VITAMINA D3 2MG)	11/08/2011	16.020,00
95224331	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	14/10/2011	120.000,00
95225281	26933751	(CMD 30)-CALCIBON D TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 1500+200 MG/UI (CITRATO DE CALCIO TETRAHIDRATADO EQ. A CA ELEMENTAL/VITAMINA D3 2MG)	09/12/2010	20.790,00
95225344	20287254	(CMD 10)-SEROQUEL TABLETA 100 MG - (QUETIAPINA)	30/08/2011	35.175,00
95224266	97073001130	INSULINA GLULISINA RECOMBINANTE SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/ 10 ML	20/08/2011	39.148,50
95228311	97073001130	INSULINA GLARGINA RECOMBINANTE CARTUCHO 300 UI EQ A SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	24/11/2011	70.929,00
95226268	1053773845	GABAPENTIN CAPSULA 400 MG	23/09/2011	21.465,00
95226281	97073001130	INSULINA GLULISINA RECOMBINANTE (EQ. 300UI) SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	25/10/2011	26.533,00
95224567	13870830	SALUFIT PROTEINA 83 % POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. ORAL 83 %/400 G - (PROTEINA DE SOYA/PROTEINA DE SUERO LACTEO CONTENIDO ALTO DE PROTEINA)	11/08/2011	75.282,00
95189050	2139849	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	26/11/2011	147.691,00
95224199	26933751	PINZA PARA BOLSA DE COLOSTOMIA - UNIDAD	14/12/2011	10.122,00
95224309	45428233	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	06/07/2011	221.037,00
95225336	5562548	MULTILIND CREMA 100000+200 UI/MG/60 G - (NISTATINA+OXIDO DE ZINC)	12/11/2009	13.725,00
95225334	26933751	ALZIT TABLETA 10 MG - (DONEPESILO)	07/12/2010	98.420,00
95252724	26933751	ALZIT TABLETA 10 MG - (DONEPESILO)	09/09/2011	33.726,00
95252819	26933751	PINZA PARA BOLSA DE COLOSTOMIA - UNIDAD	03/11/2011	10.122,00
95227048	1029144660	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	14/09/2011	89.040,00
95224458	26933751	BOLSA COLOSTOMIA 70 MM ADULTO - UNIDAD	21/11/2011	134.250,00
95225288	22751016	(CMD 7)-MEMANTINA CLORHIDRATO TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 10 MG	22/12/2010	31.110,00
95252660	1029144660	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	15/03/2012	98.368,00
95189037	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	02/11/2011	147.691,00
95254378	26933751	ALZIT TABLETA 10 MG - (DONEPESILO)	11/08/2011	60.452,00
95253153	1053773845	GABAPENTIN CAPSULA 400 MG	15/12/2010	47.205,00
95224569	1001287402	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	01/12/2010	59.021,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

95225759	20466993	TOALLA TENA SUPER	17/11/2010	104.330,50
95224891	1029144660	HIERRO III POLIMALTOSADO (COMPLEJO HIDROXIDO FERRICO) SOLUCION ORAL 50 MG/ML/30 ML	21/12/2010	15.758,50
95228299	33307714	(CMD 7)-NEXIUM TABLETA 20 MG - (ESOMEPRAZOL)	06/11/2010	89.390,00
95227030	1029144660	PEG POLIETILENGLICOL 3350 POLVO RECONST A SUSP ORAL 100 G/160 G - (POLIETILENGLICOL 3350)	13/10/2011	35.796,00
95224817	13870830	SALUFIT PROTEINA 83 % POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. ORAL 83 %/400 G - (PROTEINA DE SOYA/PROTEINA DE SUERO LACTEO CONTENIDO ALTO DE PROTEINA)	17/11/2011	75.282,00
95252643	19442028	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	10/10/2011	26.790,00
95265311	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/09/2011	147.691,00
95224571	1029144660	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	29/11/2011	40.000,00
95224459	26933751	BARRERA COLOSTOMIA FLEXIBLE 70 MM - UNIDAD	21/11/2011	104.377,50
95230676	20466993	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	08/11/2011	83.520,00
95228398	45428233	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	12/08/2011	221.537,00
95252634	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/11/2011	118.153,00
95189038	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	25/11/2011	147.691,00
95226283	97073001130	INSULINA GLARGINA RECOMBINANTE CARTUCHO 300 UI EQ A SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	25/10/2011	70.929,00
95225342	29736755	DESITIN CREAMY CREMA 10 %/57 G - (OXIDO DE ZINC)	23/11/2010	23.197,50
95224895	4489576	CLOPIDOGREL TABLETA 75 MG	20/12/2010	13.965,00
95226243	97073001130	LANTUS USO JERINGA SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/10 ML - (INSULINA GLARGINA RECOMBINANTE EQ. A 1000 UI VIAL)	11/12/2010	84.047,00

e. Tecnologías en Salud: (Lucro cesante)

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el plenario se decretó como prueba un dictamen pericial, en el cual se analizaron los servicios en salud prestados, si los mismos se encuentran o no incluidos en el POS, hoy PBS, así como el cumplimiento de los requisitos para su reconocimiento, llegándose a la siguiente conclusión general (Fls. 81-82):



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AGRUPACION	CANTIDAD DE ITEMS	VALOR	CALIFICACION PERICIAL
PROCEDIMIENTOS E INSUMOS: TECNOLOGIAS EN SALUD NO POS SUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994, ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCION 5521 DE 2013, RESOLUCION 5592 DE 2015 TECNOLOGÍAS EN SALUD ENTREGADAS POR SALUD TOTAL EPS-S S.A, EN EL PERIOD COMPRENDIDO ENTRE EL 12/11/2009 A 27/11/2013	247	\$209.979.707,00	NO POS CON imágenes
TECNOLOGIAS NO POS CON IMAGEN TABLA 9.1 PROCEDIMIENTOS E INSUMOS: TECNOLOGIAS EN SALUD NO POS SUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994, ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCION 5521 DE 2013, RESOLUCION 5592 DE 2015 Tecnologías en salud entregadas por SALUD TOTAL EPS-S S.A, en el periodo comprendido entre el 12/11/2009 A 27/11/2013	98	\$32.479.408,00	NO POS SIN IMAGEN
TECNOLOGIAS NO POS SIN IMAGEN TABLA 9.2			
TOTAL, NO POS	345	\$242.459.115,00	NO POS

Así las cosas, no le asiste a la EPS el recobro de las tecnologías en salud no incluidas en el POS, respecto de las cuales no acreditó el cumplimiento de los requisitos mediante las respectivas imágenes de los anexos técnicos, las cuales ascienden a la suma de \$32.437.408, y que se detallan así:

Radicado Fosyga	Cédula	Servicio	Fecha Prestación Servicio	Valor de Recobro	OBSERVACION DEL PERITO 1
25859849	1021679281	COCHE NEUROLOGICO ESTRUCTURADO DE POSICIONAMIENTO-ERGONOMICO	29/06/2012	4.415.000,00	En vigencia del ACUERDO 029 DE 2011, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMAGENES.
25891020	26933751	BARRERA COLOSTOMIA FLEXIBLE 70 MM - UNIDAD	09/02/2013	122.857,50	En vigencia del ACUERDO 029 DE 2011, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMAGENES.
95067555	3881012	(CMD 7)-GALANTAMINA CAPSULA DE LIBERACIÓN	13/04/2010	218.736,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		PROGRAMADA 8 MG			ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067613	9512180710 7	IMMUNATE POLVO PARA RECONSTITUIR 500 +250UI - (FACTOR VIII+VON WILLEBRAND)	29/03/2010	5.364.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067563	21574080	GABAPENTIN CAPSULA 300 MG	25/03/2010	48.420,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067575	75105953	LANTADIN TABLETA 6 MG - (DEFLAZACORT)	18/02/2010	44.280,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067568	52124627	URBADAN TABLETA 20 MG - (CLOBAZAN)	08/04/2010	154.935,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95053633	9707300113 0	INSULINA GLULISINA RECOMBINANT E (EQ. 300UI) SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	30/12/2011	26.134,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067562	12712728	(CMD 10)- NORVAS TABLETA 10 MG (AMLODIPINO BESILATO EQ. A AMLODIPINO)	23/03/2010	111.390,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067578	4489576	CLOPIDOGREL TABLETA 75 MG	18/02/2010	13.034,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067561	63486867	CINTA INDICADORA PARA GLUCOMETRO CONTOUR TS - CAJA X 50 UNIDADES	14/04/2010	112.500,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95039152	1025535580	BIPEDESTADOR EN PRONO SOPORTE DE TRONCO	01/12/2010	3.000.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

		RODILLAS PIES CADERAS ANGULOS DE INCLINACION Y MESA DE TRABAJO			ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067585	77015125	OLMETEC HCT TABLETA 40+12.5 MG - (OLMESARTAN MEDOXOMIL + HIDROCLOROTI AZIDA)	13/04/2010	54.615,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067581	C6M025042 8	LEUPROLIDE ACETATO SOLUCION INYECTABLE 3.75 MG	12/04/2010	145.200,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067554	25057574	FIBROFALK GRANULOS PARA RECONSTITUIR 3.25 G/5 G - (PSYLLIUM MUCILAGO (EQ. ISPAGHULA HUSK - PLANTAGO OVATA))	07/04/2010	87.750,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067596	37930402	(CMD 14)- DIOVAN HC TABLETA 80+12.5 MG - (VALSARTAN+H IDROCLOROTIA ZIDA)	05/04/2010	88.564,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067583	1006308958	CICLESONIDA SUSPENSION ACUOSA PARA INHALAR 80 MCG/5ML/60 DOSIS	31/03/2010	75.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067610	25057574	CITRATO DE ROCIVERINA TABLETA RECUBIERTA 10 MG	07/04/2010	70.020,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067682	65758570	TOXINA CLOSTRIDIUM BOTULINUM TIPO A 4.8NG EQ. A POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 100 UI	16/03/2012	620.752,00	En vigencia del ACUERDO 029 DE 2011, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMAGENES.



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

95067588	7439693	(CMD 7)-AKATINOL TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 10 MG - (MEMANTINA)	29/03/2010	170.190,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067564	18503421	(CMD 10)-TRAMADOL CLORHIDRATO TABLETA O CÁPSULA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 100 MG	10/04/2010	172.440,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067584	41769717	(CMD 7)-NEDOX TABLETA 40 MG - (ESOMEPRAZOL)	20/04/2010	42.700,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067586	5162377	DORZOLAMIDA /TIMOLOL SOLUCION OFTALMICA 20+5 MG/ML/5 ML	13/04/2010	28.584,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067591	1107841162	INMUNOTERAPIA (HIPOSENSIBILIZACION CON ANTIGENOS)	14/04/2010	39.750,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067605	14954528	PLAVIX TABLETA 75 MG - (CLOPIDOGREL)	25/03/2010	139.410,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067569	28517014	GLAUCOTENSIL SOLUCION OFTALMICA 20+5 MG/ML/5 ML (DORZOLAMIDA /TIMOLOL)	21/04/2010	28.584,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95067557	1111544680	(CMD 20)-PANZYT RAT CAPSULA 25000+22500+ 1250 UI - (PANCREATINA DE POLVO DE PANCREAS CORRESPONDIENTE A LIPASA/AMILAS A/PROTEASA)	19/04/2010	36.380,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

95086712	1001097355	(CMD 6)-ALFA-DORNASA DESOXIRIBONUCLEASA (EQ. 1MG/ML) LIQUIDO PARA NEBULIZACION 2.5 MG/2.5 ML	19/11/2010	2.096.325,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95086691	1081001731	SILLA COCHE PEDIATRICO - SEGUN INDICACIONES	22/12/2011	2.900.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95100093	1020745980	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETA 500 MG	25/04/2011	616.200,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95086715	45445067	TRASTUZUMAB SOLUCION INYECTABLE 440 MG 20 ML	19/11/2010	3.463.444,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95140308	1199553	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	29/11/2010	332.305,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139769	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	09/11/2011	221.537,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95177801	5800457	BARRERA COLOSTOMIA RIGIDA 45 MM - UNIDAD	18/08/2011	146.410,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95178095	3780799	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	31/01/2011	221.537,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95178083	75089217	(CMD 7)-ZYPREXA TABLETA 10 MG - (OLANZAPINA)	28/04/2011	279.398,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139761	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	21/10/2011	108.307,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

					considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95177851	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/08/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139691	50901426	(CMD 10)- CLOMIPRAMINA RETARD TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 75 MG	01/03/2012	133.965,00	En vigencia del ACUERDO 029 DE 2011, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMAGENES.
95177829	9611282755 0	HEADPIECE PLATIUM	03/12/2010	319.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95140303	9806075790 9	(CMD 28)- TOPIRAMATO TABLETA 50 MG	21/12/2010	495.110,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139660	20466993	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	20/08/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139811	1146558	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	10/08/2011	108.307,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95177823	26933751	(CMD 5)- ORAZOLE CAPSULA 40 MG - (OMEPRAZOL)	08/10/2011	150.570,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95140248	1088008416	(CMD 10)- TEGRETOL RETARD TABLETA O TABLETA RECUBIERTA 400 MG - (CARBAMAZEPINA)	22/08/2011	147.960,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139770	26933751	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/07/2011	114.892,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

					ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95139847	94313890	(CMD 30)- SULFATO DE ABACAVIR EQ. ABACAVIR/LAM IVUDINA TABLETA RECUBIERTA 600+300 MG/MG	15/12/2010	350.250,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95178020	36590924	VIATICOS TRASLADO AEREO PACIENTE	02/05/2011	620.276,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95178097	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/07/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95265265	39783428	TRANSPORTE URBANO REDONDO ZONAS DE DIFICIL ACCESO	21/11/2011	200.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95253157	1029144660	NESSUCAR LATA/550 G - (DEXTRINA+MA LTOSA DE PAPA POLVO PARA RECONSTITUIR)	14/09/2011	37.305,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95188976	26933751	BARRERA COLOSTOMIA FLEXIBLE 70 MM - UNIDAD	21/12/2011	104.377,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95188981	97073001130	CINTA INDICADORA DE GLUCOSA EN SANGRE PLUS TIRAS UN OPTIUM XCEED 5S 99664935 ABBOT - UNIDAD	20/08/2011	127.500,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95265584	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIP AL CHIA / TELETON	03/08/2011	80.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

95225345	1004755134	OXIBUTININA CLORHIDRATO TABLETA 5MG	18/08/2011	10.230,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225333	1026144975	CLOBAZAN TABLETA 10 MG	29/10/2010	64.845,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95228345	17048189	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	13/09/2011	125.280,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224247	26933751	(CMD 30)- CALCIBON D TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 1500+200 MG/UI (CITRATO DE CALCIO TETRAHIDRAT ADO EQ. A CA ELEMENTAL/VI TAMINA D3 2MG)	11/08/2011	16.020,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224331	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	14/10/2011	120.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225281	26933751	(CMD 30)- CALCIBON D TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 1500+200 MG/UI (CITRATO DE CALCIO TETRAHIDRAT ADO EQ. A CA ELEMENTAL/VI TAMINA D3 2MG)	09/12/2010	20.790,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225344	20287254	(CMD 10)- SEROQUEL TABLETA 100	30/08/2011	35.175,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		MG - (QUETIAPINA)			ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224266	97073001130	INSULINA GLULISINA RECOMBINANTE SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/ 10 ML	20/08/2011	39.148,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95228311	97073001130	INSULINA GLARGINA RECOMBINANTE CARTUCHO 300 UI EQ A SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	24/11/2011	70.929,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95226268	1053773845	GABAPENTIN CAPSULA 400 MG	23/09/2011	21.465,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95226281	97073001130	INSULINA GLULISINA RECOMBINANTE (EQ. 300UI) SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML	25/10/2011	26.533,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224567	13870830	SALUFIT PROTEINA 83 % POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. ORAL 83 %/400 G - (PROTEINA DE SOYA/PROTEINA DE SUERO LACTEO CONTENIDO ALTO DE PROTEINA)	11/08/2011	75.282,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95189050	2139849	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	26/11/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224199	26933751	PINZA PARA BOLSA DE COLOSTOMIA - UNIDAD	14/12/2011	10.122,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

95224309	45428233	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	06/07/2011	221.037,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225336	5562548	MULTILIND CREMA 100000+200 UI/MG/60 G - (NISTATINA+OX IDO DE ZINC)	12/11/2009	13.725,00	En vigencia de la RESOLUCION 5261 DE 1994, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMÁGENES
95225334	26933751	ALZIT TABLETA 10 MG - (DONEPESILO)	07/12/2010	98.420,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95252724	26933751	ALZIT TABLETA 10 MG - (DONEPESILO)	09/09/2011	33.726,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95252819	26933751	PINZA PARA BOLSA DE COLOSTOMIA - UNIDAD	03/11/2011	10.122,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95227048	1029144660	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	14/09/2011	89.040,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224458	26933751	BOLSA COLOSTOMIA 70 MM ADULTO - UNIDAD	21/11/2011	134.250,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225288	22751016	(CMD 7)- MEMANTINA CLORHIDRATO TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA 10 MG	22/12/2010	31.110,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95252660	1029144660	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	15/03/2012	98.368,00	En vigencia del ACUERDO 029 DE 2011, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMAGENES.
95189037	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	02/11/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

					ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95254378	26933751	ALZIT TABLETA 10 MG - (DONEPESILO)	11/08/2011	60.452,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95253153	1053773845	GABAPENTIN CAPSULA 400 MG	15/12/2010	47.205,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224569	1001287402	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	01/12/2010	59.021,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225759	20466993	TOALLA TENA SUPER	17/11/2010	104.330,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224891	1029144660	HIERRO III POLIMALTOSADO (COMPLEJO HIDROXIDO FERRICO) SOLUCION ORAL 50 MG/ML/30 ML	21/12/2010	15.758,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95228299	33307714	(CMD 7)- NEXIUM TABLETA 20 MG - (ESOMEPRAZOL)	06/11/2010	89.390,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95227030	1029144660	PEG POLIETILENGLI COL 3350 POLVO RECONST A SUSP ORAL 100 G/160 G - (POLIETILENGL ICOL 3350)	13/10/2011	35.796,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224817	13870830	SALUFIT PROTEINA 83 % POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. ORAL 83 %/400 G - (PROTEINA DE SOYA/PROTEINA DE SUERO LACTEO	17/11/2011	75.282,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

		CONTENIDO ALTO DE PROTEINA)			
95252643	19442028	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	10/10/2011	26.790,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95265311	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/09/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224571	1029144660	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	29/11/2011	40.000,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224459	26933751	BARRERA COLOSTOMIA FLEXIBLE 70 MM - UNIDAD	21/11/2011	104.377,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95230676	20466993	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	08/11/2011	83.520,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95228398	45428233	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	12/08/2011	221.537,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95252634	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/11/2011	118.153,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95189038	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	25/11/2011	147.691,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95226283	97073001130	INSULINA GLARGINA RECOMBINANTE CARTUCHO 300 UI EQ A	25/10/2011	70.929,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/3 ML			ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95225342	29736755	DESITIN CREAMY CREMA 10 %/57 G - (OXIDO DE ZINC)	23/11/2010	23.197,50	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95224895	4489576	CLOPIDOGREL TABLETA 75 MG	20/12/2010	13.965,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES
95226243	9707300113 0	LANTUS USO JERINGA SOLUCION INYECTABLE 100 UI/ML/10 ML (INSULINA GLARGINA RECOMBINANT E EQ. A 1000 UI VIAL)	11/12/2010	84.047,00	En vigencia del ACUERDO 008 DE 2009, la tecnología recobrada no se encuentra en ningún anexo técnico, por lo que se considera una tecnología NO POS y puede ser recobrada a la ADRES. SUJETO A VERIFICACION DE IMÁGENES

Así las cosas, no es dable emitir condena respecto de los recobros que se encuentran prescritos, así como de que además no fueron allegados los portes técnicos a efectos de establecer el pleno cumplimiento de los requisitos a fin de establecer la procedencia del recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-.

De igual manera, frente a las glosas, se conceptuó que, de las 345 facturas, un total de 247 presentan una glosa injustificada atinente a que *"Existe error en los cálculos del recobro"*, y que en 98 recobros se debía mantener la glosa, lo cual como se analizó en precedencia, obedeció a que no se apotraron los soportes técnicos, *onus probandi* que le correspondía a la parte demandante.

Así las cosas, se tiene que en el dictamen pericial se discriminan las situaciones antes esbozadas de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

GLOSAS	INJUSTIFICADA	JUSTIFICADA	SIN IMAGEN	TOTAL	OBSERVACION
4-01 Existe error en los cálculos del recobro	247	0	98	345	SE MANTIENE LA GLOSA A 98 RECOBROS, SUJETO A VERIFICACIÓN DE IMÁGENES. 25859849, 25891020, 95067555, 95067613, 95067563, 95067575, 95067568, 95053633, 95067562, 95067578, 95067561, 95039152, 95067585, 95067581, 95067554, 95067596, 95067583, 95067610, 95067682, 95067588, 95067564, 95067584, 95067586, 95067591, 95067605, 95067569, 95067557, 95086712, 95086691, 95100093, 95086715, 95140308, 95139769, 95177801, 95178095, 95178083, 95139761, 95177851, 95139691, 95177829, 95140303, 95139660, 95139811, 95177823, 95140248, 95139770, 95139847, 95178020, 95178097, 95265265, 95253157, 95188976, 95188981, 95265584, 95225345, 95225333, 95228345, 95224247, 95224331, 95225281, 95225344, 95224266, 95228311, 95226268, 95226281, 95224567, 95189050, 95224199, 95224309, 95225336, 95225334, 95252724, 95252819, 95227048, 95224458, 95225288, 95252660, 95189037, 95254378, 95253153, 95224569, 95225759, 95224891, 95228299, 95227030, 95224817, 95252643, 95265311, 95224571, 95224459, 95230676, 95228398, 95252634, 95189038, 95226283, 95225342, 95224895, 95226243.
247	0	98	345		

Ahora bien, las restantes tecnologías en salud, se conceptuó que en efecto no se encuentran incluidas en el POS, hoy PBS, y se cumplieron a cabalidad los requisitos para su reembolso por el ADRES. De tal manera que, excluyendo los recobros prescritos, así como aquellos respecto de los cuales por activa no se aportó el cumplimiento de los requisitos, se adeudan un total de 244 facturas, por un valor total de \$209.783.577, lo cuales se discriminan de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Radicado Fosyga	Cédula	Servicios de salud	Fecha	Valor	Concepto pericial
25469201	65758570	TOXINA CLOSTRIDIUM BOTULINUM TIPO A 4.8NG EQ. A POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 100 UI	06/12/2012	620.752,00	NO POS CON IMAGEN
25474746	1110293638	BROMURO DE IPRATROPIO+FENOTEROL AEROSOL 0.020+0.050 MG/200 FRASCO	01/08/2012	26.628,00	NO POS CON IMAGEN
25497256	19078476	GEMCITABINA (1000MG) EQ. A POLVO ESTÉRIL PARA INYECCIÓN PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 1 G	07/12/2012	576.778,00	NO POS CON IMAGEN
25496319	26933751	ALIMENTO ESPECIAL SABOR VAINILLA (CONTENIDO APROX 8 OZ) LIQUIDO ORAL /237 ML	01/11/2012	123.200,00	NO POS CON IMAGEN
25487437	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	10/11/2012	129.600,00	NO POS CON IMAGEN
25500836	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	16/10/2012	218.820,00	NO POS CON IMAGEN
25473821	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/12/2012	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25473820	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/12/2012	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25473674	1007976410	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 1000 MG	09/08/2012	127.845,00	NO POS CON IMAGEN
25451989	6366609	AMBULANCIA ASISTENCIAL BASICA INTERMUNICIPAL	01/11/2012	687.950,00	NO POS CON IMAGEN
25451988	6366609	AMBULANCIA ASISTENCIAL BASICA INTERMUNICIPAL	15/09/2012	481.565,00	NO POS CON IMAGEN
25434108	6366609	AMBULANCIA ASISTENCIAL BASICA INTERMUNICIPAL	30/10/2012	894.335,00	NO POS CON IMAGEN
25427753	5128268	VIATICOS TRASLADO TERRESTRE PACIENTE	27/07/2012	475.000,00	NO POS CON IMAGEN
25427656	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	09/10/2012	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25427857	19078476	GEMCITABINA POLVO PARA RECONSTITUIR 1 G	19/09/2012	576.778,00	NO POS CON IMAGEN
25441336	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	12/11/2012	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25452995	45428233	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/10/2012	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25434019	19078476	GEMCITABINA (1000MG) EQ. A POLVO ESTÉRIL PARA INYECCIÓN PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 1 G	25/10/2012	576.778,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

25452547	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	03/08/2012	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25608870	1001287402	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	29/11/2012	2.310.000,00	NO POS CON IMAGEN
25581682	49736678	(CMD 21)-LENALIDOMIDA CAPSULA 5 MG	05/10/2012	7.872.606,00	NO POS CON IMAGEN
25623070	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETA 500 MG	20/12/2012	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25623084	20251577	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/10/2012	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25623053	99042901608	ALDURAZYME SOLUCION INYECTABLE 2.9 MG - (LARONIDASA)	09/02/2013	25.005.648,00	NO POS CON IMAGEN
25633494	1029144660	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	21/11/2012	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
25651408	1029144660	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	28/11/2012	160.000,00	NO POS CON IMAGEN
25678395	26933751	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	25/09/2012	110.050,00	NO POS CON IMAGEN
25680913	1110293638	PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS SABOR VAINILLA LIQUIDO ORAL /250 ML	08/02/2013	1.064.160,00	NO POS CON IMAGEN
25690345	1041973295	RISPERIDONA SUSPENSION ORAL 1 MG 60 ML	23/02/2013	110.741,50	NO POS CON IMAGEN
25690497	1110293638	PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS SABOR VAINILLA LIQUIDO ORAL /250 ML	11/03/2013	1.064.160,00	NO POS CON IMAGEN
25690498	1110293638	(CMD 10)-VIGABATRIN TABLETA 500 MG	11/03/2013	245.280,00	NO POS CON IMAGEN
25690499	1110293638	(CMD 14)-LOSEC MUPS CAPSULA O TABLETA GASTRORESISTENTE 10 MG - (OMEPRAZOL)	11/03/2013	104.265,00	NO POS CON IMAGEN
25709150	9873749	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	09/04/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25709366	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	06/12/2012	123.648,00	NO POS CON IMAGEN
25709334	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	21/11/2012	120.000,00	NO POS CON IMAGEN
25701570	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	23/01/2013	218.820,00	NO POS CON IMAGEN
25727246	26933751	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	09/02/2013	110.050,00	NO POS CON IMAGEN
25709167	50901426	(CMD 10)-AMISULPIRIDA TABLETA 200 MG	25/01/2013	262.470,00	NO POS CON IMAGEN
25758714	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETA 500 MG	25/01/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

25701532	3780799	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	14/02/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25709168	50901426	(CMD 10)-CLOMIPRAMINA RETARD TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 75 MG	25/01/2013	133.965,00	NO POS CON IMAGEN
25743703	9904290160 8	ALDURAZYME SOLUCION INYECTABLE 2.9 MG - (LARONIDASA)	06/04/2013	25.005.648,0 0	NO POS CON IMAGEN
25709116	50901426	(CMD 10)-AMISULPIRIDA TABLETA 200 MG	20/12/2012	262.470,00	NO POS CON IMAGEN
25709335	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	13/12/2012	80.000,00	NO POS CON IMAGEN
25709268	50901426	(CMD 10)-AMISULPIRIDA TABLETA 200 MG	04/03/2013	262.470,00	NO POS CON IMAGEN
25711239	50901426	(CMD 10)-CLOMIPRAMINA RETARD TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 75 MG	04/03/2013	133.965,00	NO POS CON IMAGEN
25711260	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	15/03/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25711192	9873749	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	21/01/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25701443	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/12/2012	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25711158	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	09/04/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25701391	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	23/02/2013	132.060,00	NO POS CON IMAGEN
25701539	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	26/01/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25709269	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETA 500 MG	04/03/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25814339	6366609	AMBULANCIA ASISTENCIAL BASICA INTERMUNICIPAL	30/03/2013	894.335,00	NO POS CON IMAGEN
25803038	1029144660	PREPARADO MAGISTRAL SOLUCION ORAL 20 %/1000 ML -(BENZOATO DE SODIO MAGISTRAL)	11/04/2013	255.682,00	NO POS CON IMAGEN
25801026	1029144660	(CMD 28)-TOPIRAMATO TABLETA 50 MG	22/04/2013	116.844,00	NO POS CON IMAGEN
25803059	33352190	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	23/04/2013	616.200,00	NO POS CON IMAGEN
25818758	1029144660	PAÑAL TALLA S	17/04/2013	178.920,00	NO POS CON IMAGEN
25834971	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	16/03/2013	123.648,00	NO POS CON IMAGEN
25834972	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	10/05/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

25835023	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	06/02/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25835032	3780799	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	13/03/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25835049	45428233	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/03/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25835065	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	17/04/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25835067	95071722024	OCTOCRILENO+CICLOMETICONA+ADIPATO DE DISOPROPILO LOCION FRASCO/473 ML	19/02/2013	138.352,50	NO POS CON IMAGEN
25835102	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	14/01/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25835105	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	11/02/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25835137	95071722024	OCTOCRILENO+CICLOMETICONA+ADIPATO DE DISOPROPILO LOCION FRASCO/473 ML	30/04/2013	138.352,50	NO POS CON IMAGEN
25835219	45428233	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	12/02/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25835234	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	09/04/2013	218.820,00	NO POS CON IMAGEN
25835294	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	07/02/2013	123.648,00	NO POS CON IMAGEN
25835295	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	15/04/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
25835296	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	12/04/2013	111.240,00	NO POS CON IMAGEN
25835299	1110293638	(CMD 14)-LOSEC MUPS CAPSULA O TABLETA GASTRORESISTENTE 10 MG - (OMEPRAZOL)	10/04/2013	104.265,00	NO POS CON IMAGEN
25835300	1110293638	(CMD 10)-VIGABATRIN TABLETA 500 MG	10/04/2013	245.280,00	NO POS CON IMAGEN
25835312	1029144660	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	18/01/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
25835313	1029144660	(CMD 28)-TOPIRAMATO TABLETA 50 MG	12/01/2013	116.844,00	NO POS CON IMAGEN
25835314	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	16/02/2013	111.240,00	NO POS CON IMAGEN
25835369	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	11/12/2012	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25845545	1029144660	PREPARADO MAGISTRAL SOLUCION ORAL 20 %/1000 ML -(BENZOATO DE SODIO MAGISTRAL)	09/05/2013	255.682,00	NO POS CON IMAGEN
25859881	1110293638	(CMD 14)-LOSEC MUPS CAPSULA O TABLETA GASTRORESISTENTE 10 MG - (OMEPRAZOL)	31/08/2012	187.425,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

25876270	99042901608	ALDURAZYME SOLUCION INYECTABLE 2.9 MG - (LARONIDASA)	13/04/2013	25.005.648,00	NO POS CON IMAGEN
25876635	1110293638	PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS SABOR VAINILLA LIQUIDO ORAL /250 ML	08/05/2013	1.064.160,00	NO POS CON IMAGEN
25877550	99111506724	SILLA DE RUEDAS	18/04/2013	2.500.000,00	NO POS CON IMAGEN
25877619	1029144660	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	31/01/2013	120.000,00	NO POS CON IMAGEN
25877801	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	07/05/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25877804	9873749	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	20/05/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25880811	9873749	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETA 500 MG	08/03/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25891001	1110535865	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	02/05/2013	132.060,00	NO POS CON IMAGEN
25891168	1029144660	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	30/04/2013	520.000,00	NO POS CON IMAGEN
25891169	1029144660	TRANSPORTE URBANO REDONDO	29/05/2013	320.000,00	NO POS CON IMAGEN
25891187	39783428	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	30/04/2013	360.000,00	NO POS CON IMAGEN
25891188	99111506724	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	19/04/2013	135.000,00	NO POS CON IMAGEN
25891199	1110293638	(CMD 14)-LOSEC MUPS CAPSULA O TABLETA GASTRORESISTENTE 10 MG - (OMEPRAZOL)	11/06/2013	104.265,00	NO POS CON IMAGEN
25891207	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	06/03/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25891212	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	04/04/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25891227	1110293638	(CMD 10)-VIGABATRIN TABLETA 500 MG	11/06/2013	245.280,00	NO POS CON IMAGEN
25891253	1060652629	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	04/06/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25891344	3780799	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	14/05/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25891381	50901426	(CMD 10)-CLOMIPRAMINA RETARD TABLETA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 75 MG	23/05/2013	133.965,00	NO POS CON IMAGEN
25891385	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/05/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25891401	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	15/05/2013	218.820,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

25891532	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	15/05/2013	111.240,00	NO POS CON IMAGEN
25891546	1029144660	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	09/05/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
25891653	1029144660	PAÑAL TALLA S	09/03/2013	153.360,00	NO POS CON IMAGEN
25891659	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	16/03/2013	111.240,00	NO POS CON IMAGEN
25892234	1041973295	RISPERIDONA SUSPENSION ORAL 1 MG 60 ML	10/05/2013	110.741,50	NO POS CON IMAGEN
25892337	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	14/06/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
25892344	1107853991	(CMD 28)-TOPIRAMATO TABLETA 100 MG	14/06/2013	155.764,00	NO POS CON IMAGEN
25892369	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	27/12/2012	218.820,00	NO POS CON IMAGEN
25892379	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	07/03/2013	218.820,00	NO POS CON IMAGEN
25892391	19335133	LENTE COSMOPROTESICO	21/02/2013	190.000,00	NO POS CON IMAGEN
25892401	3780799	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	12/04/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25907200	1029144660	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	09/03/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
25907201	1029144660	(CMD 28)-TOPIRAMATO TABLETA 50 MG	14/03/2013	116.844,00	NO POS CON IMAGEN
25907212	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	14/06/2013	171.216,00	NO POS CON IMAGEN
25907962	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/05/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25907980	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	08/06/2013	218.820,00	NO POS CON IMAGEN
25908435	1110535865	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	29/06/2013	132.060,00	NO POS CON IMAGEN
25908566	1007976410	RISPERIDONA SUSPENSION ORAL 1 MG 60 ML	05/06/2013	110.741,50	NO POS CON IMAGEN
25919299	3780799	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/06/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
25919314	1029144660	(CMD 28)-TOPAMAC TABLETA 50 MG - (TOPIRAMATO)	09/05/2013	116.844,00	NO POS CON IMAGEN
25919328	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	27/03/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25919336	9904290160 8	ALDURAZYME SOLUCION INYECTABLE 2.9 MG - (LARONIDASA)	19/07/2012	25.005.648,0 0	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

25950156	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	06/06/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
25950902	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	06/06/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25950932	50901426	(CMD 10)-AMISULPIRIDA TABLETA 200 MG	23/05/2013	262.470,00	NO POS CON IMAGEN
25975975	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	12/07/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
25999074	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	02/05/2013	147.600,00	NO POS CON IMAGEN
25999326	50901426	(CMD 10)-AMISULPIRIDA TABLETA 200 MG	03/07/2013	262.470,00	NO POS CON IMAGEN
25999404	1017233041	OCTOCRILENO+CICLOMETICONA+ADIPATO DE DISOPROPILO LOCION FRASCO/473 ML	30/07/2013	211.930,00	NO POS CON IMAGEN
26000450	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	11/07/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
26000483	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	11/07/2013	111.240,00	NO POS CON IMAGEN
26000490	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	03/07/2013	264.120,00	NO POS CON IMAGEN
26000504	1110293638	PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS SABOR VAINILLA LIQUIDO ORAL /250 ML	09/07/2013	1.064.160,00	NO POS CON IMAGEN
26000505	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	29/07/2013	264.120,00	NO POS CON IMAGEN
26000520	95041907569	RISPERIDONA SUSPENSION INYECTABLE - POLVO ESTERIL 37.5 MG/2 ML	01/08/2013	385.153,00	NO POS CON IMAGEN
26034217	1107853991	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	11/07/2013	247.296,00	NO POS CON IMAGEN
26034348	1110293638	(CMD 10)-VIGABATRIN TABLETA 500 MG	09/07/2013	245.280,00	NO POS CON IMAGEN
26034356	3780799	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	22/07/2013	110.700,00	NO POS CON IMAGEN
26034861	1007976410	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 1000 MG	17/07/2013	127.845,00	NO POS CON IMAGEN
26034862	1007976410	RISPERIDONA SUSPENSION ORAL 1 MG 60 ML	17/07/2013	110.741,50	NO POS CON IMAGEN
26036077	1110535865	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/01/2013	132.060,00	NO POS CON IMAGEN
26036080	1029144660	CREMA # 4 CREMA /50 G - (CREMA NO. 4)	09/05/2013	13.112,00	NO POS CON IMAGEN
26036081	1029144660	PEDIASURE POLVO PARA RECONSTITUIR 3+4.98+11 G/900 G (PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS /VITAMINAS/MINERALES Y OTROS)	09/05/2013	97.502,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

26036082	1029144660	(CMD 10)-ACIDO ASCORBICO TABLETA EFERVESCENTE 1 G	09/05/2013	4.110,00	NO POS CON IMAGEN
26036223	20287254	(CMD 10)-SEROQUEL TABLETA 100 MG - (QUETIAPINA)	01/11/2012	35.175,00	NO POS CON IMAGEN
26036244	1110293638	BROMURO DE IPRATROPIO+FENOTEROL AEROSOL 0.020+0.050 MG/200 FRASCO	06/11/2012	26.628,00	NO POS CON IMAGEN
26036260	1110293638	HARMETONE SUSPENSION ORAL 1 MG/ML/60 ML (DOMPERIDONA)	04/12/2012	77.782,50	NO POS CON IMAGEN
26036261	1110293638	SALMETEROL+FLUTICASONA AEROSOL (25+50 MCG) / 120 DOSIS	04/12/2012	39.204,50	NO POS CON IMAGEN
26037275	1007976410	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 1000 MG	02/11/2012	99.435,00	NO POS CON IMAGEN
26037282	14937259	PAÑAL TENA EXTRA SLIP TALLA M UN	20/12/2012	48.000,00	NO POS CON IMAGEN
26048085	1110293638	PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS SABOR VAINILLA LIQUIDO ORAL /250 ML	12/08/2013	1.064.160,00	NO POS CON IMAGEN
26048421	1000517827	PAÑAL TALLA S	25/07/2013	102.240,00	NO POS CON IMAGEN
26048593	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	14/08/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
26048600	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	29/08/2013	264.120,00	NO POS CON IMAGEN
26050052	1021679878	FORMULA LACTEA NIÑOS CORTA EDAD CON DHA&ARA POLVO PARA RECONSTITUIR LATA/900 G	29/07/2013	260.326,00	NO POS CON IMAGEN
26077150	45428233	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	21/08/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
26077187	1107853991	(CMD 28)-TOPIRAMATO TABLETA 100 MG	09/08/2013	233.646,00	NO POS CON IMAGEN
26077190	1110293638	(CMD 10)-VIGABATRIN TABLETA 500 MG	12/08/2013	245.280,00	NO POS CON IMAGEN
26077201	1041973295	RISPERIDONA SUSPENSION ORAL 1 MG 60 ML	31/08/2013	110.741,50	NO POS CON IMAGEN
26085467	9904290160 8	ALDURAZYME SOLUCION INYECTABLE 2.9 MG - (LARONIDASA)	26/07/2013	25.005.648,0 0	NO POS CON IMAGEN
26085514	1110535865	ENSURE 1000 POLVO PARA RECONSTITUIR 1000 G 1000 G - (ALIMENTO ESPECIAL)	31/08/2012	985.235,00	NO POS CON IMAGEN
26085548	1021679878	FORMULA LACTEA NIÑOS CORTA EDAD CON DHA&ARA POLVO PARA RECONSTITUIR LATA/900 G	21/08/2013	260.326,00	NO POS CON IMAGEN
26103124	1001287402	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	08/01/2013	50.880,00	NO POS CON IMAGEN
26103130	26933751	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	08/03/2013	92.500,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

26103149	10263844	COLYPAN LP TABLETA 300 MG - (TRIMEBUTINA RETARD)	04/03/2013	23.280,00	NO POS CON IMAGEN
26103220	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	25/01/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26128736	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	05/08/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
26128739	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	14/08/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
26128746	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	23/08/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
26128770	1107853991	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	09/08/2013	111.240,00	NO POS CON IMAGEN
26128771	1110293638	(CMD 14)-LOSEC MUPS CAPSULA O TABLETA GASTRORESISTENTE 10 MG - (OMEPRAZOL)	12/08/2013	104.265,00	NO POS CON IMAGEN
26139160	26933751	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	10/07/2013	92.500,00	NO POS CON IMAGEN
26151234	1007976410	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 1000 MG	14/08/2013	127.845,00	NO POS CON IMAGEN
26151253	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	30/07/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26151538	10264892	COUMADIN TABLETA 2.5 MG - (WARFARINA)	27/08/2013	20.460,00	NO POS CON IMAGEN
26151571	1004755134	OXIBUTININA CLORHIDRATO TABLETA 5MG	14/08/2013	18.750,00	NO POS CON IMAGEN
26151574	1110293638	BROMURO DE IPRATROPIO+FENOTEROL AEROSOL 0.020+0.050 MG/200 FRASCO	12/08/2013	26.628,00	NO POS CON IMAGEN
26151575	1110293638	SALMETEROL+FLUTICASONA AEROSOL (25+50 MCG) / 120 DOSIS	12/08/2013	39.204,50	NO POS CON IMAGEN
26151576	1110293638	URBADAN TABLETA 10 MG - (CLOBAZAN)	12/08/2013	31.830,00	NO POS CON IMAGEN
26151684	24302098	HUMECTANTE A BASE DE UREA/ACIDO LACTICO LOCION 5+8 %/225 G	08/08/2013	59.659,50	NO POS CON IMAGEN
26162079	65751746	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	09/09/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
26162299	1110293638	PROTEINAS/GRASAS/CARBOHIDRATOS SABOR VAINILLA LIQUIDO ORAL /250 ML	09/09/2013	1.064.160,00	NO POS CON IMAGEN
26162433	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	17/09/2013	308.100,00	NO POS CON IMAGEN
26166367	42091394	CIRUGIA APICAL	24/09/2013	120.000,00	NO POS CON IMAGEN
26167063	9911150672 4	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	19/03/2013	45.000,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

26193895	20287254	(CMD 10)-SEROQUEL TABLETA 100 MG - (QUETIAPINA)	23/07/2013	45.900,00	NO POS CON IMAGEN
26193977	10264892	COUMADIN TABLETA 2.5 MG - (WARFARINA)	29/07/2013	20.460,00	NO POS CON IMAGEN
26194031	4323835	TAMSULOSINA CLORHIDRATO CAPSULA DE LIBERACION PROLONGADA 0.4 MG	23/09/2013	25.020,00	NO POS CON IMAGEN
26194668	9911150672 4	PAÑOS HUMEDOS - BOLSA X 50 UNIDADES (UNIDAD*\$108)	28/08/2013	9.150,00	NO POS CON IMAGEN
26202231	10263844	COLYPAN LP TABLETA 300 MG - (TRIMEBUTINA RETARD)	04/07/2013	23.280,00	NO POS CON IMAGEN
26202947	24302098	HUMECTANTE A BASE DE UREA/ACIDO LACTICO LOCION 5+8 %/225 G	06/09/2013	59.659,50	NO POS CON IMAGEN
26202965	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	08/05/2013	73.800,00	NO POS CON IMAGEN
26206497	1110535865	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	03/04/2013	102.240,00	NO POS CON IMAGEN
26206498	1029144660	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	27/03/2013	560.000,00	NO POS CON IMAGEN
26211681	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	30/08/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26211782	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	30/05/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26211936	28610787	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	04/09/2013	92.500,00	NO POS CON IMAGEN
26211950	33135257	(CMD 10)-CRESTOR TABLETA 20 MG - (ROSVASTATINA)	15/04/2013	198.352,00	NO POS CON IMAGEN
26211993	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	02/05/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26211997	27610349	(CMD 14)-LYRICA CAPSULA 75 MG - (PREGABALINA)	03/11/2012	57.624,00	NO POS CON IMAGEN
26212052	1082409560	CALCIO CARBONATO)/VITAMINA D/ZINC SUSPENSION ORAL 300+100+7.5 MG/UI/180 ML	28/08/2013	7.755,50	NO POS CON IMAGEN
26212095	1001287402	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	14/05/2013	424,00	NO POS CON IMAGEN
26212244	8293534	CARBOXIMETILCELULOSA SODICA V. MEDIA/CARBOXIMETILCELULOSA V. ALTA/GLICERINA SOLUCION OFTALMICA 3.25+1.75+9 MG/ML/15 ML	24/06/2013	17.045,00	NO POS CON IMAGEN
26230511	9911150672 4	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	24/06/2013	55.620,00	NO POS CON IMAGEN
26230514	9911150672 4	PAÑOS HUMEDOS - BOLSA X 50 UNIDADES (UNIDAD*\$108)	20/03/2013	9.825,00	NO POS CON IMAGEN
26230643	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	27/06/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

26230673	1110463756	PAÑAL ADULTO TALLA M UN	07/10/2013	83.640,00	NO POS CON IMAGEN
26230790	24302098	HUMECTANTE A BASE DE UREA/ACIDO LACTICO LOCION 5+8 %/225 G	04/03/2013	59.659,50	NO POS CON IMAGEN
26230828	1110535865	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	01/12/2012	85.200,00	NO POS CON IMAGEN
26239554	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	30/09/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26241714	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	31/10/2013	264.120,00	NO POS CON IMAGEN
26241768	1021679878	FORMULA LACTEA NIÑOS CORTA EDAD CON DHA&ARA POLVO PARA RECONSTITUIR LATA/900 G	23/10/2013	260.326,00	NO POS CON IMAGEN
26242158	1045722753	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	14/11/2013	588.840,00	NO POS CON IMAGEN
26242169	1036647039	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	25/11/2013	294.420,00	NO POS CON IMAGEN
26242179	1021679878	FORMULA LACTEA NIÑOS CORTA EDAD CON DHA&ARA POLVO PARA RECONSTITUIR LATA/900 G	21/11/2013	260.326,00	NO POS CON IMAGEN
26242361	13870830	(CMD 30)-CENTRUM SILVER CON LUTEINA TABLETA RECUBIERTA O CAPSULA - (VITAMINAS+MINERALES+OLIGOELEMENTOS+LUTEINA)	22/02/2013	25.080,00	NO POS CON IMAGEN
26242463	1001287402	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	04/10/2013	424,00	NO POS CON IMAGEN
26242851	14937259	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	02/10/2013	264.120,00	NO POS CON IMAGEN
26242852	1045722753	(CMD 10)-MICOFENOLATO DE MOFETILO TABLETAS O CÁPSULA - 500 MG (222177)	18/10/2013	462.150,00	NO POS CON IMAGEN
26245421	28774875	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	04/07/2013	72.000,00	NO POS CON IMAGEN
26247096	26939502	DAFLON TABLETA 500 MG (DIOSMINA+HESPERIDINA -FRACCION FLAVONOIDE PURIFICADA)	22/03/2013	39.420,00	NO POS CON IMAGEN
26247133	1007976410	RISPERIDONA SUSPENSION ORAL 1 MG 60 ML	17/09/2013	110.741,50	NO POS CON IMAGEN
26247137	1007976410	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 1000 MG	16/09/2013	127.845,00	NO POS CON IMAGEN
26250720	1024565707	RISPERIDONA SUSPENSION INYECTABLE - POLVO ESTERIL 37.5 MG/2 ML	27/11/2013	385.153,00	NO POS CON IMAGEN
26250863	1110293638	URBADAN TABLETA 10 MG - (CLOBAZAN)	04/12/2012	31.830,00	NO POS CON IMAGEN
26252152	26935141	(CMD 10)-ATACAND PLUS TABLETA 16+12.5 MG - (CANDESARTAN+HIDROCLOROTIAZIDA)	02/10/2013	234.450,00	NO POS CON IMAGEN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

26252694	1146558	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	06/09/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
26252698	92228102	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	11/09/2013	111.000,00	NO POS CON IMAGEN
26252719	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	23/09/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
26253059	79287258	METRONIDAZOL GEL 0.75% 30G	14/01/2013	32.102,50	NO POS CON IMAGEN
26254251	1110293638	HARMETONE SUSPENSION ORAL 1 MG/ML/60 ML (DOMPERIDONA)	10/10/2013	77.782,50	NO POS CON IMAGEN
26255733	1110293638	URBADAN TABLETA 10 MG - (CLOBAZAN)	08/05/2013	31.830,00	NO POS CON IMAGEN
26256558	13870830	BIOTINA CAPSULA 800 MCG	06/11/2012	9.540,00	NO POS CON IMAGEN
26256988	1007976410	CLOBAZAN TABLETA 10 MG	19/10/2013	56.362,50	NO POS CON IMAGEN
26257504	9904290160 8	ALDURAZYME SOLUCION INYECTABLE 2.9 MG - (LARONIDASA)	09/11/2013	25.005.648,0 0	NO POS CON IMAGEN
26257524	9911150672 4	PAÑAL NIÑO ETAPA 5 - UNIDAD	17/04/2013	55.620,00	NO POS CON IMAGEN
26257749	45428233	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	03/10/2013	190.980,00	NO POS CON IMAGEN
26257767	17048189	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	24/10/2013	166.500,00	NO POS CON IMAGEN
26258198	28774875	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	01/08/2013	72.000,00	NO POS CON IMAGEN
26258307	10264892	COUMADIN TABLETA 2.5 MG - (WARFARINA)	01/10/2013	20.460,00	NO POS CON IMAGEN
26258469	10263844	COLYPAN LP TABLETA 300 MG - (TRIMEBUTINA RETARD)	16/05/2013	23.280,00	NO POS CON IMAGEN
26258646	1025322391	PAÑAL NIÑO ETAPA 6 - UNIDAD	28/01/2013	59.360,00	NO POS CON IMAGEN
TOTAL				\$209.783.577,00	

Frente a los gastos de administración

En lo que atañe a este punto de inconformidad, se avizora que en el libelo genitor la parte actora solicitó que se fulminara condena a la pasiva por dicho concepto de daño emergente, en un total del 10% de las pretensiones.

Sobre tal aspecto, basta recabar en que no se allegó prueba alguna al plenario que soporte el monto enunciado por la parte promotora, teniendo la carga de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la prueba de acreditar el daño material alegado en la tipología de daño emergente.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-262 de 2013, frente a los alcances de los gastos de administración, señaló:

"2.8.2.6. Para resumir, de acuerdo con el análisis emprendido por la Sala, el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición dirigida a las EPS de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

En ese orden de ideas, no es factible asimilar los gastos de administración que se encuentran regulados en la Ley, a un daño emergente por el no pago de recobros de servicios NO POS, hoy NO PBS, motivo por el cual se absolverá de este pedimento.

f. De los intereses moratorios:

Precisado lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, conviene recordar que el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de salud y el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud.

A su turno, en el inciso quinto del artículo 48 Superior, establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido de manera unívoca que los recursos del Sistema General de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal, que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece por la ley para afectar un determinado y único grupo social o económico y que debe utilizarse en beneficio de propio grupo gravado.

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios NO POS, hoy NO PBS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7º del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación.

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

“De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:

“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).



“De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.

“No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

“Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.

“Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.

“Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.

“Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos.

De cara a lo indicado, hay lugar al pago de los intereses moratorios, los cuales deberán ser cancelados, a partir de los 2 meses siguientes a su radicación,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

precisando que dicha condena implica la absolución de la indexación, al no ser factible disponer el pago de intereses moratorios e indexación.

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

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a pagar a la EPS SALUD TOTAL S.A. un total de \$209.783.577, por concepto de recobros de tecnologías en la salud no cubiertas por el POS, hoy PBS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a reconocer a la EPS SALUD TOTAL S.A. los intereses moratorios adeudados que se causaron, respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de los recobros, hasta la data efectiva del pago.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada de los restantes pedimentos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA
Magistrada

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