



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TSJ SECRET 5. LABORAL

4468 4FEB21 PM 4:00

Recibido
3rd

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ KARIME INÉS MENDOZA ESTEVEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 003 2019 00376 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES contra a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

La señora LUZ KARIME INÉS MENDOZA ESTÉVEZ, pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por el incumplimiento del deber legal de suministrar la información o asesoría necesaria, lo cual hace que ese traslado sea nulo por vicio del consentimiento. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene al traslado a COLPENSIONES y a tenerla como afiliada actual, sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 28 de noviembre de 1964, y se afilió al sistema de seguridad social en el Régimen de Prima

Media con Prestación Definida desde el año 1991, con el ISS como lo concretó su apoderada en la audiencia en que se fijó el litigio; en el cual estuvo vinculada hasta el mes de noviembre de 1999, cuando se trasladó a Porvenir S.A., sin haber recibido la información necesaria y precisa sobre las consecuencias de ese traslado, por lo cual el 24 de julio de 2018 solicitó el traslado pretendido.

Como fundamento normativo, citó el Decreto 656 de 1994; e hizo referencia a las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicación 31989 y SL 12136-2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 65 a 73 del plenario, en el que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante tiene plena validez por lo cual no existe fundamento para que sea anulado. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido.

PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de su apoderado con el escrito que obra a folios 105 a 130 con oposición a las pretensiones al manifestar que la decisión tomada por la actora al momento del traslado se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que éste se produjo. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante LUZ KARIME INES MENDOZA ESTEVEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. realizado el 12 de noviembre de 1999 y con efectividad a partir del 1º de enero de 2000, para entender válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo, de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas hecho, bonos pensionales en caso de encontrarse rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras se encontró en su poder conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte los dineros o aportes provenientes de PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas, todos de conformidad con al parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandada PORVENIR S.A. en la suma de un millón quinientos mil pesos \$1'500.000.

SEXTO. En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S.”

El A-quo argumentó que el deber de información, según lo ha determinado la jurisprudencia a la que hizo alusión no se establece en este caso al no haberse acreditado por la parte demandada su suministro a la actora.

IV. RECURSOS DE APELACION

PORVENIR S.A. fundamentó su solicitud de revocar la sentencia recurrida en que no existen razones fácticas ni jurídicas para acceder a la ineficacia del traslado que la demandante realizó a ese Fondo por haberlo sido sin presiones ni apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos previstos en la normatividad vigente para ese momento, de manera

verbal al momento de suscribir la afiliación y con la información contenida en el formulario, además que el Fondo ha realizado campañas publicitarias y ha suministrado información sobre los diferentes cambios normativos; sin que la obligación de suministrar la información en la forma referida en la sentencia surgió hasta los años 2010, 2014 y 2016, sin que se puedan aplicar de manera retroactivo; que además se evidencia la negligencia de la demandante en su actuar frente a la decisión que adoptó de trasladarse de régimen, sin que la ignorancia aducida sirva de excusa.

A su vez COLPENSIONES sustentó su recurso en que en este caso no es aplicable el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia, al manifestar que se debe considerar lo señalado por la Corte Constitucional al indicar en las sentencias que citó, cuáles son las condiciones para que se puede acceder a la solicitud de traslado; sostuvo que según lo manifestado por la accionante al absolver interrogatorio de parte no se tiene certeza si su traslado se efectuó por su empleador, por lo cual no se le puede endilgar al Fondo la falta de información. Reiteró que la jurisprudencia citada por el Juzgado no hace referencia a la situación de Colpensiones frente a las consecuencias del traslado y que por ello no puede ser aplicada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de

régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo

cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente - Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, se evidencia el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., a partir del 12 de noviembre de 1999 (fl. 131)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se establece que es de profesión Abogada y se desempeña como Directora de Procesos en contra del Banco de Occidente, sostuvo que en el mes de octubre de 1999 ingresó a laborar como Abogada de Leasing y le efectuaron el cambio de contrato a término fijo entregándole los documentos para suscribir incluido el que

correspondía a un traslado de fondo de cesantías a Porvenir, para posteriormente manifestarle que se había tratado de un traslado de fondo de pensiones, dijo que una vez verificado ese documento pudo advertir que a pesar de contar con su firma, los datos consignados tenían irregularidades. Manifestó que en el año 2011 recibió una capacitación dada por su empleador a quienes estaban cerca a la edad para pensionarse y fue cuando le informaron que por faltarle menos de 10 años no podía efectuar el traslado, por lo cual no hizo ninguna reclamación; igualmente sostuvo que posteriormente tuvo conocimiento de que su pensión en el Fondo privado sería de un millón de pesos, cuando en Colpensiones sería de cinco millones de pesos.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

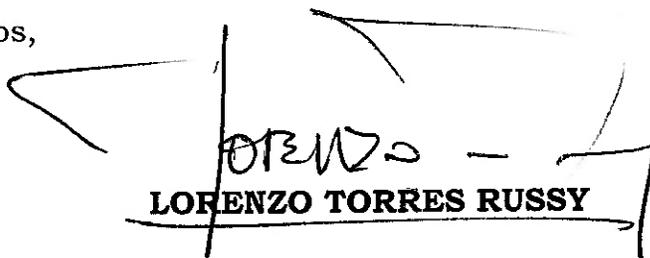
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

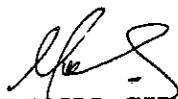
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

4468 FEB 21 PM 4:05

4467 FEB 21 PM 4:05

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR TEODOLINDA HERRERA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 030 2018 00484 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado el apoderado de la demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

Solicitó la demandante TEODOLINDA HERRERA el reconocimiento de la pensión de vejez desde el momento en que cumplió 55 años de edad, así como el retroactivo que se causó desde el 19 de agosto de 2010 y la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el 3 de febrero de 2015 solicitó la corrección de su historia laboral para lo cual dice haber

aportado el documento que acredita las 330.48 semanas cotizadas con el empleador "IND FASHENE LTDA." y en esa misma fecha solicitó a la entidad demandada el reconocimiento pensional; el 27 de febrero de 2015 Colpensiones le informó mediante oficio que para realizar esa corrección se requería aportar en debida forma elementos probatorios y soportes de la afiliación que permitan evidenciar el vínculo laboral con el referido empleador, con lo cual sostiene que la entidad ignoró de manera que considera arbitraria el único documento con que cuenta para acreditar esas cotizaciones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la actora no acreditó tener las cotizaciones mínimas que le permitan acceder al derecho pensional que reclama y aunque alude que le faltan periodos en su historia laboral, no determinó el tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la relación laboral con la cual argumenta que cotizó las semanas faltantes. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls. 28-31)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 31 de julio de 2019, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la demandante. Liquidense por Secretaría e inclúyanse como agencias en derecho a favor de la demandada la suma de CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000).

CUARTO: CONSULTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por salir adversa a los intereses de la demandante.” (fl. 49)

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la actora interpuso recurso de apelación, en el cual solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones, teniendo en cuenta que de conformidad con la historia laboral que reposa en el expediente administrativo del entonces Instituto de Seguro Social se observa que la empresa INDUSTRIAS FASHENE LTDA tenía su negocio principal en Cali, y que a pesar de que ya fue liquidada, dejó como precedente esa historia laboral que fue expedida por el ISS, y es el único medio con que se acreditan las semanas cotizadas por la demandante.¹

V. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

En virtud de lo señalado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la Sala examinará si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, o en su defecto de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993.

Se encuentra probado que la actora para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años

¹ “Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar, se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que de conformidad con la historia laboral que reposa en el expediente administrativo del entonces Instituto de Seguro Social se observa que la empresa INDUSTRIAS FASHENE LTDA tenía su negocio principal en Cali, y que a pesar de que ya fue liquidada, dejó como precedente ésta historia laboral que fue expedida por el ISS, y es el único medio con que se acreditan las semanas de la demandante.

de edad, pues nació el 15 de agosto de 1955, como se acredita con la fotocopia de su documento de identidad (fl. 2), situación que en principio la hace beneficiaria del régimen de transición, por lo que es posible estudiar su situación pensional según el Acuerdo 049 de 1990.

El referido Acuerdo aprobado por el Decreto 758 de 1990, consagra como requisitos para acceder a esa prestación, cincuenta y cinco años de edad (55) por tratarse de una mujer y quinientas (500) semanas cotizadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o mil (1000) en cualquier tiempo.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que gozaran del régimen y contabilizaran por lo menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a su entrada en vigencia-25 de julio de 2005, caso en el cual se mantendría hasta el año 2014.

En el presente caso, la actora cumplió 55 años de edad el 19 de agosto de 2010 y de acuerdo con la historia laboral aportada por Colpensiones, así como el reporte de semanas cotizadas visible a folio 45, cotizó un total de 763.29, de las cuales 527.57 fueron cotizadas antes del 25 de julio de 2005, razón por la que no conservó el régimen de transición hasta el año 2014.

Adicional a lo anterior, tampoco logró consolidar el derecho antes del 31 de julio de 2010, fecha para la cual el régimen de transición en el caso de la demandante perdió vigencia, pues además de no contar con el requisito de edad, tampoco alcanzó 1000 semanas de cotización como lo exige el Acuerdo 049 de 1990, antes de esa calenda y se evidencia que tampoco acreditó 500 semanas cotizadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Se debe precisar que respecto a la inaplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, la Corte Constitucional, ha indicado que al Juez le corresponde

velar por la integralidad de la Constitución, por lo que, ante normas abiertamente contrarias a ella, debe dejar de aplicarlas, situación que no se presenta en el asunto, ya que la misma Corte Constitucional, con sentencia C-178 de 2007, declaró la exequibilidad del referido Acto 01 de 2005.²

Ahora bien, la parte demandante argumenta que se le deben tener en cuenta el tiempo que dice haber cotizado con el empleador INDUSTRIAS FASHENE LTDA., entre el 12 de enero de 1970 y el 21 de julio de 1977, que corresponde a 330.46 semanas, sin que en el expediente administrativo aportado en medio magnético por la entidad demandada aparezca dato de esa afiliación, semanas que tampoco se acreditan en el listado de semanas tradicionales incorporado a folios 46 y 47 del expediente.

Obra en autos fotocopia de la Resolución No. SUB 87946 del 4 de abril de 2018, en la que se pronunció la entidad frente a la petición de corrección de historia laboral que radicara la afiliada, en la cual se transcribe el informe rendido por la Dirección de Operaciones e Historia Laboral mediante oficio SEM-545458 del 27 de febrero de 2015, (fls. 14-17) en la que indica:

“Referente a los ciclos solicitados se evidenció que únicamente se registran cotizaciones a su nombre para los períodos que se reflejan en su historia laboral. En caso de no estar de acuerdo con la anterior información, es necesario que nos suministre documentos probatorios (certificación laboral autenticada, tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros), y/o soportes de afiliación (número de afiliación, entre otros) donde se evidencie su

² T-397/97 “Ante esta situación al juez que le corresponde velar por la supremacía y la integralidad de la Constitución, no le queda otro camino que asegurar la preservación de dichos derechos, principios y valores, y hacer una interpretación de la norma conforme a la Constitución. En efecto, si es posible inaplicar una norma jurídica por ser manifiestamente contraria a la Constitución, con mayor razón, en aras de asegurar la preservación del derecho, es procedente que el juez constitucional pueda hacer una interpretación conforme con la Constitución, sin necesidad de inaplicar la norma, dado que no se presenta la situación de incompatibilidad de dos disposiciones que no puedan ser aplicadas y subsistir al mismo tiempo. De esta manera, se produce una especie de actualización de la norma frente a la nueva Constitución, o dicho de otro modo, una especie de incorporación de los mandatos constitucionales a dicha norma.”

vínculo laboral con el empleador respectivo, con lo cual realizaremos verificaciones contra nuestros registros y de ser pertinente procederemos con la corrección requerida.”

En igual sentido se observan las contestaciones emitidas por la entidad demandada del 18 de junio de 2018 consecutivo SEM2018-196740 (fl. 18), del 30 de septiembre de 2014 consecutivo SEM-232434 (fl. 42), en las que se reitera: *“Con la información suministrada en relación con el empleador INDUSTRIAS FASHENE LTDA no se encontraron registros de pagos a su nombre para los periodos reclamados, por lo anterior es necesario que nos suministre documentos probatorios y/o soportes, como tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros, números de afiliación, donde se evidencia su vínculo laboral con dicho empleador. Esta información es necesaria para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar”.*

La actora allegó al expediente una fotocopia, prácticamente ilegible, de un listado de cotizaciones en el que figuran las 330.46 semanas que aduce fueron cotizadas por el empleador “IND FASHENE LTDA”, las que se reitera no aparecen en la historia tradicional, ni en el reporte de semanas expedido por Colpensiones, sin que entonces pueda en esas condiciones darle la validez pretendida a esa fotocopia, que no puede tener la calidad y el alcance que se requiere para definirla como documento.

Para que un documento adquiera tal condición se requiere que tenga firma de su creador de tal manera que se tenga certeza de la autoría del mismo, afirmación que lleva a la siguiente tesis: *“Solo se pueden presumir auténticos los documentos manuscritos y suscritos, pero no los que no tengan esa huella de individualidad.”*

Sobre el punto la Sala de Casación Laboral sostuvo lo siguiente: *“desde luego todo lo dicho no se aplica a los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, pues ellos con arreglo al artículo 269 Código de Procedimiento Civil, solo tienen valor probatorio si*

fueren aceptados expresamente por ellos o por sus causahabientes”
Sentencia de casación de Marzo 8 de 1999.

A su vez la Sala de Casación Civil ha expresado al respecto lo siguiente:

“La eficacia probatoria de un documento privado depende formalmente de su origen y de su contenido.

Tratándose de documentos que emanen de las partes, su mérito probatorio está condicionado, en todos los casos a su autenticidad (arts. 252 y 179 del C. P. C.), puesto que mal podría generar convencimiento al juez un documento del que no se sabe con certeza quien es su autor, En esta última hipótesis solo constituye prueba sumaria, en la medida en que hayan sido suscritos ante dos testigos (inciso 2 del art.279 del C. P. C.).Por el contrario, si el documento proviene de un tercero, la posibilidad de apreciarlo está dada por su naturaleza. Como quiera que solo cuando son de contenido dispositivo o representativo, se requerirá que sean auténticos (num. 1 del art. 277 del C. P. C.), mientras que si son simplemente declarativos, podrá el juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite oportunamente su ratificación (numeral 2 del artículo 10 de la ley 446 de 1998, derogatorio del numeral 2 del artículo 277 del C. de P. C.).

Ahora bien, excepción hecha de los documentos emanados de terceros- al mismo tiempo de la que ulteriormente se referirá la Corte – el legislador, en desarrollo de la arraigada presunción constitucional de buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas (art. 83) , estableció primero en el decreto 2651 de 1991 (art.25) y luego – con algunas diferencias – en la ley 446 de 1998 (arts. 11 y 12) que se reputan auténticos los documentos aportados por las partes dentro del marco de un proceso con el propósito de que sirvan de prueba, como antaño se había preceptuado frente a los documentos públicos (art. 252 del C. P. C.). Más para que dicha presunción pueda predicarse es indispensable que el documento se encuentre firmado por la parte contra quien se opone, en la medida en que mediante la firma del que suscribe no solo aprueba y hace suyo lo que en el escrito se contiene, sino que por un signo visible y reconocible, el cual demuestra que el escrito parte de él y que está conforme con sus intenciones. Suprimida la firma, el escrito puede ser proyecto de documento, un borrador, pero nunca el documento porque nadie lo ha aprobado ni lo ha hecho propio, De ahí que el artículo 269 del C. de P. C., acorde con lo expresado, exija el reconocimiento expreso para que pueda ser apreciado un instrumento que no ha sido firmado, ni manuscrito por la parte contra quien se presenta.

La firma, es pues, requisito imprescindible para que un documento tenga valor probatorio, ya que sin ella, salvo aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes- según el caso- no podrá establecerse con certeza quien es el autor, esto es, lisa y llanamente su autenticidad, siendo necesario recordar que, por firma, se entiende la expresión del nombre del suscriptor de alguno de los elementos que la integran de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal (art. 826 del C. de Co Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 4 de Septiembre de 2000).

Por lo expuesto, se concluye que una cosa es la autenticidad que se presume cuando el documento proveniente de la parte que lo aporta a un proceso y este no es tachado y otra cosa es que cumpla con el requisito de la firma que le da la categoría de documento, requisito que solo lo supliría el reconocimiento expreso del creador o de sus causahabientes.

Con sustento en lo expuesto, se tiene que para el caso que nos ocupa, la acreditación del IBL en lo que se denomina historia laboral, no se cumple, porque el listado que lo contiene carece de firma y se aporta en una fotocopia simple y casi ilegible, lo que significa que no se tiene certeza de su autoría y del responsable de su emisión.

Por las anteriores razones, no es posible determinar que la afiliada haya configurado el derecho pensional que reclama por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia al arribar a la misma conclusión.

COSTAS.

A cargo de la parte demandante recurrente, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$350.000.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito, el 31 de julio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante recurrente, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$350.000.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

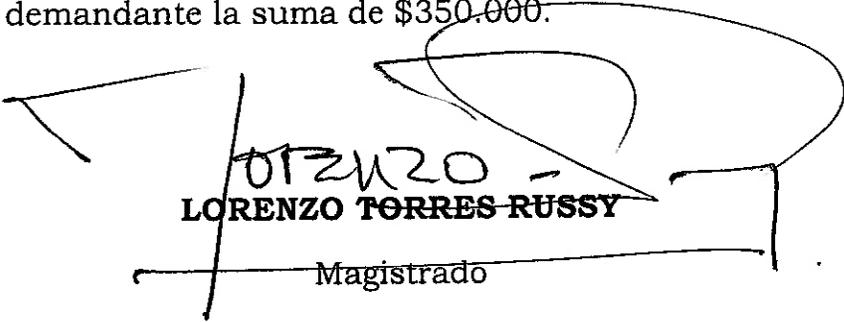


~~LORENZO TORRES RUSSY~~

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ

MCS
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
SALVA VOTO

INCLÚYASE en la liquidación de costas, como agencias el derecho a cargo de la parte demandante la suma de \$350.000.



~~LORENZO TORRES RUSSY~~

Magistrado



1
Ordinario Apelación Auto
021 2019 00509 01
Doris Mayra Pachón Díaz
Vs. Colpensiones y otros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DORIS MAYRÚ PACHÓN DÍAZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

EXPEDIENTE N° 110013105 021 2019 00509 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

I. PROVIDENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLFONDOS S.A. contra el auto proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1° de julio de 2020, mediante el cual adoptó entre otras decisiones las de tener por ineficaz y por ende no aceptar el allanamiento presentado por dicho Fondo e igualmente tener por no contestada la demanda por parte del mismo. (fls. 227-228)

II. ANTECEDENTES

COLFONDOS S.A. fue notificado, en forma personal por medio de su apoderado, el 23 de enero de 2020 según consta en el acta que obra a folio 169 del expediente, mediante memorial radicado en el Juzgado el 4 de febrero de 2020 dicho Fondo manifestó su allanamiento a la demanda de conformidad con lo preceptuado por el artículo 98 del C.G.P. (fl. 283).



III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Por auto del 1° de julio de 2020, el a quo tuvo como ineficaz el allanamiento al no provenir de todos los litis consortes como lo señala el numeral 6° del artículo 99 del C.G.P., a su vez tuvo por no contestada la demanda por el referido Fondo al no haber presentado réplica frente a la demanda. (fls. 227-228); contra esa decisión el apoderado presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación, el Juzgado en auto del 24 de julio de 2020, no estudió la reposición al encontrarla extemporánea y concedió el recurso de apelación (fl. 244).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colfondos S.A., fundamentó su recurso de apelación en que el allanamiento a las pretensiones de la demanda presentado cumple con los requisitos del artículo 98 del Código General del Proceso, siendo el mismo, una de las formas validas de la contestación de la demanda. Pues en sí, lo que hizo fue aceptar las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio. Si bien el Despacho señaló que se torna ineficaz conforme al numeral 6° del artículo 99 del C.G.P.; argumenta que el Allanamiento a las pretensiones de la demanda se efectuó dentro del término de ley, por lo cual a su juicio no es correcto que el Juzgado al declararlo ineficaz tenga por no contestada la demanda, sometiendo a esa demandada *” a los efectos jurídicos que ello acarrea, y a sabida cuenta que lo oportuno era inadmitir el allanamiento y en su lugar correr traslado para pronunciarnos a los hechos y pretensiones de la demanda. Violando con ello el debido proceso que le asiste a la entidad, si en cuenta se tiene que el escrito de allanamiento se presentó en término; cosa distinta es que el mismo no hace oposición a las pretensiones, pero fue presentado dentro de los diez (10) días otorgados para contestar la demanda.”*

Solicitó revocar la referida decisión, para en su lugar correr traslado y permitir el pronunciamiento frente a los hechos y pretensiones de la demanda.



V. CONSIDERACIONES

Encuentra la Sala que el objeto del recurso de apelación se centra en impugnar la decisión que tuvo por no contestada la demanda, auto que se encuentra expresamente enlistado como susceptible de apelación, tal como lo consagra el numeral 1º del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y en razón a ese presupuesto procesal se entrará al estudio de la alzada.

Lo indicado no es óbice para que la Sala se refiera brevemente con respecto al tema del allanamiento frente a la demanda, el cual corresponde de conformidad con lo señalado por el artículo 98 del C.G.P., corresponde a un acto procesal del demandado por el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la misma, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará. El allanamiento, como acto unilateral del demandado, que se proyecta sobre la pretensión o pretensiones del actor, produce como efectos la terminación del proceso por conformidad con las pretensiones del actor, con la salvedad de que se trate de un allanamiento parcial; si es total, determina el contenido de la resolución que pone fin al proceso mediante sentencia condenatoria, de acuerdo con lo solicitado por la parte demandante produciendo los normales efectos de cosa juzgada. Ahora bien, el artículo 99 de la norma referida señala que el allanamiento será ineficaz, entre otros casos cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros y habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados, en tal sentido no resulta desacertada la decisión que adoptó el Juzgado al respecto.

Ahora bien, respecto a la decisión de dar por no contestada la demanda por parte del Fondo recurrente, debe precisar la Sala que la valoración que compete hacer al juez para inadmitir la contestación de la demanda, tal como lo dispone el parágrafo 3º del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo¹, en estricto sentido corresponde a la omisión de los requisitos o a la falta de los anexos que describe la norma.

¹ Modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2001.



En efecto el citado artículo 31 del Código Procesal del Trabajo, al señalar los requisitos que debe cumplir la contestación de la demanda, establece en sus distintos numerales los aspectos puntuales que debe contener ese trámite y es con sujeción a esos requisitos que se debe presentar la contestación de demanda y los anexos que deben aportarse con ésta.

Considera la Sala que es necesario agotar el trámite de inadmisión de la contestación de la demanda, debido a la trascendencia e importancia que revierte frente a la constitución, trámite y decisión del proceso, por ello el Legislador dispuso que cuando la contestación no se ajuste a los requisitos exigidos, el juez debe efectuar pronunciamiento relacionando los defectos de que adolezca, en tal sentido el Juzgado ha debido considerar que el escrito de allanamiento no correspondía a la contestación de la demanda en los términos del citado artículo 31 y otorgar la oportunidad procesal para que se subsanara tal falencia, pero no tener por no contestada la demanda.

No desconoce la Sala que la propia naturaleza del proceso exige el cumplimiento de unas ritualidades y formalidades que conllevan a cumplir con su finalidad, que no es otra cosa que la materialización del derecho, por ello se divide en una serie de etapas encaminadas al esclarecimiento de los hechos, a la búsqueda de la verdad real de los mismos; así el administrador de justicia debe buscar la verdad para pronunciarse como en derecho corresponda, pero siempre se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, toda vez que el demandado debe tener la oportunidad desde el inicio de la controversia de expresarse frente a los hechos y pretensiones demandadas, para ejercitar en debida forma su derecho de contradicción.

Así las cosas, con miras a evitar una negación de justicia por rigidez de los requisitos de forma, se revocará la decisión de primera instancia de tener por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS S.A. y se deberá inadmitir para permitir su correspondiente corrección.

Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 6° de la parte resolutive del auto proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de julio de 2020, en cuanto tuvo por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS S.A. y en su lugar ordenar al *a quo*, que profiera auto en el que inadmita la contestación de la demanda efectuada por ese Fondo, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

En firme devuélvase el proceso al juzgado de origen.

La presente decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

En caso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

1

2



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

44465 FEB 21 PM 4:05
44464 FEB 21 PM 4:55

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR TOMÁS ENRIQUE MURCIA MEJÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 013 2019 00547 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las entidades demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El señor TOMÁS ENRIQUE MURCIA MEJÍA, pretendió se declare la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., con efectividad al mes de febrero de 1996, y se declare como válida la vinculación al sistema de seguridad social en pensiones que inicialmente tuvo con el ISS hoy COLPENSIONES; con fundamento en el incumplimiento del Fondo del deber de información, lo cual generó un perjuicio en su derecho pensional.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 3 de enero de 1964 y cuenta con 55 años de edad, fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones ante el ISS a partir del 28 de noviembre de 1985; en el mes de febrero de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., sin que se le hubiera brindado la información necesaria, suficiente y precisa sobre las consecuencias futuras de ese traslado, ni las condiciones para pensionarse, lo cual igualmente ocurrió cuando se trasladó a Old Mutual S.A., el 1° de diciembre de 2016; manifestó que al efectuar consultas posteriores sobre su situación pensional advirtió que no se le había suministrado información suficiente y verdadera y que con la proyección pensional que le fue suministrada, se determinó el monto de su pensión que resultó inferior al que le correspondería en Colpensiones. por lo cual el 7 de mayo de 2019 solicitó su traslado a Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó el artículo 53 de la C.N., la Ley 100 de 1993 y el Decreto 656 de 1994; e hizo referencia a las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicación 33083, 31989, 31314, 46292, 68852, SL19447-2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 120 a 127, en el que se opuso todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la solicitud de traslado objeto del litigio se efectuó de manera libre y voluntaria por el demandante, una vez se le suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos de ese traslado. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

OLD MUTUAL S.A., dio contestación mediante memorial incorporado a folios 130 a 135, en el que se opuso a lo pretendido al manifestar que frente a ese Fondo el actor hizo un traslado de AFP, legalmente válido para lo cual se le explicaron de manera satisfactoria las características,

particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y es así que finalmente el afiliado es quien decide si escoge la administradora que le conviene, sin que exista causal de nulidad alguna en esa decisión. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda por medio del escrito incorporado a folios 173 a 195, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación del demandante fue producto de su decisión libre de presiones o engaños, como se puede evidenciar en la suscripción de las solicitudes de vinculación que realizó. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de septiembre de 2020, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hiciere el demandante Tomás Enrique Marcia Mejía al RAIS a través de AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., en febrero de 1996 y de contera las realizadas con posterioridad ante la misma AFP y ante OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su historia laboral, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme se indicó en la parte considerativa de este fallo.

QUINTO. CONDENAR en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV.

SEXTO. Por otro lado, apélese o no esta decisión, por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., para que conozca el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad.”

Como sustento de su decisión, se refirió al deber de información que tienen las AFP frente a quienes pretendan afiliarse a estas, el cual existe desde la génesis de esos Fondos; se refirió al criterio jurisprudencial que existe al respecto y señaló que al no quedar demostrado en el juicio que al momento de la afiliación del actor le fue suministrada la información de manera completa y veraz, frente a ese cambio de régimen, el respectivo formulario de afiliación, ni los formatos preimpresos son suficientes para tener por acreditado ese deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACION

COLPENSIONES, fundamentó su solicitud de revocar la sentencia recurrida en que si bien existe una postura que ha mantenido la Sala de casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, frente al tema del traslado, concretamente sobre el suministro de la información requerida, tal criterio no puede ser aplicado de manera automática, sino que se debe analizar cada situación en particular, como ocurre en este caso en el que se evidencian los diferentes traslados que realizó el actor, aun al mismo Fondo que aduce lo engañó al no suministrarle información, lo cual conduce al saneamiento de la esa situación inicial, por lo cual argumentó que el único motivo del demandante para sus pretensiones en su inconformidad respecto del monto de su mesada pensional.

PORVENIR S.A., reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda al argumentar que al afiliado le fue suministrada la información suficiente, de acuerdo con la normatividad vigente para la época del traslado, sin que en este caso se haya probado dolo en ese trámite de afiliación del cual da cuenta el formulario que no fue tachado de falso por lo que resulta válido para sus efectos, sostuvo que esa es la prueba que debe ser valorada, sin que se puedan exigir pruebas adicionales al haberse dado la asesoría de manera verbal; que además el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen. Igualmente objetó la orden de devolver los gastos de administración al no

ser parte inherente a la pensión y haberse cubierto las contingencias que en este aspecto determina la ley.

OLD MUTUAL S.A., dijo recurrir únicamente en cuanto a la condena que dispone la devolución de gastos de administración, por no existir esos dineros en las arcas del Fondo; sostuvo que en el régimen de prima media no existe ninguna rentabilidad y por eso no hay lugar a la devolución de esas sumas, decisión que va en detrimento patrimonial del Fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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. Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:
Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del*

régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario***

[...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, fueron incorporados al expediente los formularios de afiliación a HORIZONTE S.A. suscritos por el actor el 9 de febrero de 1996, 11 de septiembre de 2002, 6 de septiembre de 2010, 21 de agosto de 2012, 7 de marzo de 2014 (fls. 55-64 y 136-138)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante, manifestó que en el año 1996 cuando se encontraba laborando en la empresa Ornella, recibió una llamada de un asesor del Fondo Horizonte, quien le manifestó la posibilidad de trasladarse del ISS a ese Fondo, en el que se podía pensionar antes de tiempo, a los 42 años de edad y con la misma pensión que recibiría en el ISS; posteriormente el asesor fue a su oficina le ratificó la información y llevó los documentos para firmarlos, pero no le explicó nada sobre las condiciones de ese traslado.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación inicial al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

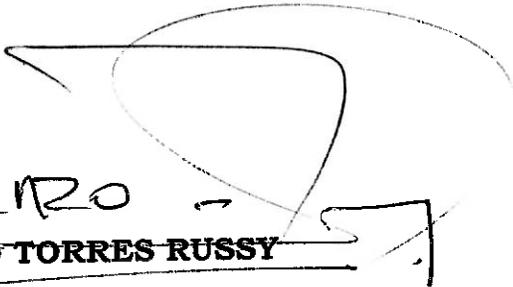
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TSJ SECRET S. LABORAL

4400 FEB 21 PM 4:04

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EMILCE GÓMEZ OCHOA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 030 2017 00824 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de julio de 2019.

Por otra parte se observa que la apoderada de COLPENSIONES allegó escrito con alegatos de conclusión en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que no estableció ningún vicio del consentimiento en la vinculación de la demandante al Fondo demandado al recibir toda la información necesaria para adoptar esa decisión; así mismo sostuvo que la afiliada no reúne los requisitos para acceder al traslado pretendido.

I. ANTECEDENTES

EMILCE GÓMEZ OCHOA, pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 27 de octubre de 1998 por el incumplimiento de los deberes legales de información. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se ordene a COLPENSIONES recibir a la afiliada junto con la totalidad de sus ahorros acumulados en la cuenta de ahorro individual y a activar su afiliación el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como actualizar su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 9 de febrero de 1960, que se vinculó al régimen de prima media desde el 10 de febrero de 1988 con Cajanal y el 27 de octubre de 1998 se trasladó a Porvenir S.A., sin que le hubiera sido brindada información completa y adecuada para proceder al cambio de régimen pensional; el 5 de febrero de 2015 la AFP demandada le dio información sobre las modalidades pensionales y cálculos respectivos, el 8 de mayo de 2017 elevó solicitud para que se anulara su vinculación al RAIS, el 7 de noviembre de 2017 radicó reclamación administrativa en ese sentido ante Colpensiones la cual fue negada.

Como fundamento normativo, citó los artículo 13, 48, 49, 53, 335 de la Constitución Nacional; 1603 y 1746 del Código Civil, la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, los Decretos 692 y 720 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 DE 2008, SL 12136 de 2014 y SL 19447 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 76 a 85 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la solicitud de traslado objeto del litigio se efectúa cuando a la afiliada le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionada por lo

cual debe permanecer vinculada al Fondo privado, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que además no se presentaron vicios del consentimiento al suscribir la afiliación al RAIS por lo cual tiene plena validez. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 110 a 117, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, adujo que a la demandante se le brindó toda la información necesaria sobre los requisitos para acceder a la pensión de vejez, así como del traslado acorde con las disposiciones legales, por lo cual la afiliación efectuada es plenamente válida. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de julio de 2019, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. Declárese nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante EMILCE GÓMEZ OCHOA identificada con CC : N° 63.278.560 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la entonces CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto.

SEGUNDO. Declárese válidamente vinculada la demandante EMILCE GÓMEZ OCHOA con CC N° 63.278.560 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto.

TERCERO: Condénese a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante EMILCE GÓMEZ OCHOA con CC N° 63.278.560 junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el Régimen de Ahorro Individual como Solidaridad, como si nunca hubiera existido el traslado conforme lo expuesto.

CUARTO. Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante EMILCE GÓMEZ OCHOA, actualice la información en su historia laboral y estudie su derecho pensional conforme a las reglas establecidas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO. Absolver a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme lo expuesto.

SEPTIMO: Condénese en costas en esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$3'180.000 que deberá cancelar a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de Colpensiones.

NOVENO. CONSULTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, por haber sido adversas las pretensiones a Colpensiones, conforme lo expuesto."

IV. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia en su integridad, con fundamento en que la afiliada tiene la calidad de profesional, por lo cual es un deber de las personas documentarse sobre las decisiones que adoptan en su vida; señaló que la actora por más de 18 años ha consentido en las cotizaciones efectuadas al RAIS. Hizo referencia a jurisprudencia que consideró aplicable cuando existen actos con dolo, lo cual no fue alegado en este caso y por eso se debe analizar la situación particular de cada afiliado, en razón a que los traslados no se pueden ordenar de manera general e indiscriminada, porque el legislador dispuso la libertad en la escogencia de régimen pensional, finalmente, solicitó tener en cuenta la documental incorporada al proceso para que se absuelva de las condenas.

V. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Fundamentó su solicitud de revocar la sentencia recurrida en que en el traslado de régimen efectuado por la actora no se presentó ningún vicio del consentimiento al haber recibido del Fondo privado toda la

información suficiente, clara y precisa respecto de los efectos de ese cambio, por lo cual la demandante hizo uso de su derecho a escoger libremente el régimen pensional que consideró en su momento. Solicitó tener en cuenta el detrimento económico que se le puede causar a la entidad con la orden de traslado y la demandante no ha contribuido de manera solidaria con este aspecto que caracteriza el régimen de Prima Media.

VII. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VIII CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 43, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., de fecha 27 de octubre de 1998. Igualmente, a folio 44, se incorporó formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. de fecha 27 de marzo de 2002.

Ante la no comparecencia de Porvenir S.A. a la audiencia en la que debía formular interrogatorio de parte a la demandante El Juzgado declaró precluida la oportunidad para recepcionar ese medio de prueba y de oficio recibió declaración a la actora, en la que manifestó que se trasladó al Fondo privado ante la información de recibir una pensión más alta y con menor edad, así mismo que los dineros correspondientes a las cotizaciones tendrían rendimientos.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de julio de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY
En uso de permiso
CLARA LETICIA MNO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
ACLARA: VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TSJ SECRET 5. LABORAL

44450 4FEB21 2M 4:04

10026
3cd
[Firma]

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FLORENCIA MARÍA LEAL DEL CASTILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2017 00107 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las apoderadas de Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La señora FLORENCIA MARÍA LEAL DEL CASTILLO, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a OLD MUTUAL S.A. por incumplir la obligación legal de brindarle información objetiva sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; solicita se trasladen a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó en la AFP demandada.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 1° de septiembre de 1961 y se vinculó al sistema de seguridad social en pensiones en octubre de 1985 y posteriormente en el año 1998, recibió a unos promotores de Protección, quienes le dijeron que trasladarse a dicho Fondo le sería más conveniente porque se le incrementaría el monto de su pensión y podría adquirir el derecho antes del cumplimiento de la edad requerida en Colpensiones, posteriormente en el año 2010 se trasladó a Old Mutual, al suministrarle similar información.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993; los artículos 1, 2, 48, 53 y 58 de la C.N. y la Ley 1328 de 2009 e hizo referencia a las sentencias 31989, 31314 y 33083.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 72 a 88, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, adujo que a la demandante se le brindó toda la información del traslado acorde con las disposiciones legales, por lo cual la afiliación efectuada es plenamente válida. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., mediante su apoderada contestó la demanda mediante el escrito que obra a folios 151 a 178, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación de la demandante tiene plena validez y legalidad porque los asesores de dicho Fondo siempre realizan un estudio previo sobre el caso concreto de cada potencial afiliado y su situación jurídica. 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 y la genérica.

COLPENSIONES, allegó el escrito que obra a folios 212 a 217 en el que fundamentó su oposición a las pretensiones de la demanda en que la

actora gozaba de plena autonomía para tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación, sin que en ese trámite haya existido error, fuerza o dolo. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de septiembre de 2020, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en el sentido estricto de la relación jurídica de afiliación, de la demandante FLORENCIA MARÍA LEAL DEL CASTILLO, celebrada en su momento con la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. del día 10 de marzo de 1998, así como la subsiguiente realizada a SKANDIA HOY OLD MUTUAL S.A. del 08 de septiembre de 2010.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A. a la devolución de saldos aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante FLORENCIA MARÍA LEAL DEL CASTILLO, con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora FLORENCIA MARÍA LEAL DEL CASTILLO y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por OLD MUTUAL, PROTECCIÓN y por COLPENSIONES.

SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS, en la instancia.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con lo expuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como teniendo en cuenta lo descrito en el Decreto 663 de 1993, en la Ley 1328 de 2009 y en el Decreto 2241 de 2010, y aplicando lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en las sentencias con radicación SL 17595 de 2017 y SL1688 de 2019 había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante por falta de un consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACION

Protección S.A., solicitó revocar de manera integral la sentencia de primera instancia con fundamento en que ese Fondo, al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, le brindó una información suficiente, clara, precisa y completa de acuerdo con las normas que regían para esa fecha, sin que sea posible aportar documento diferente al formulario de afiliación para acreditar la vinculación en debida forma; solicitó tener en cuenta que se debe estudiar cada caso en particular frente a la aplicación del precedente jurisprudencial.

Colpensiones argumentó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, ni se dan los presupuestos para pretender la ineficacia del traslado que debió solicitar antes de los 10 años en que se consolida el derecho a pensionarse, de acuerdo con las normas y la jurisprudencia que citó al respecto; sostuvo que la vinculación a diferentes Fondos en el RAIS evidencia su voluntad de mantenerse en ese régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].** De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que el 10 de marzo de 1998, la demandante suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., documento que obra a folio 183 del plenario; posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. al suscribir el formulario respectivo el 8 de septiembre de 2010 como se acredita a folio 84.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se pudo establecer que efectuó su traslado al RAIS en razón a la información que se le suministró sobre la desaparición del Seguro Social y que su reconocimiento pensional sería mejor que en el Seguro al poder realizarlo con menos edad y con un monto pensional más alto por lo cual firmó el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

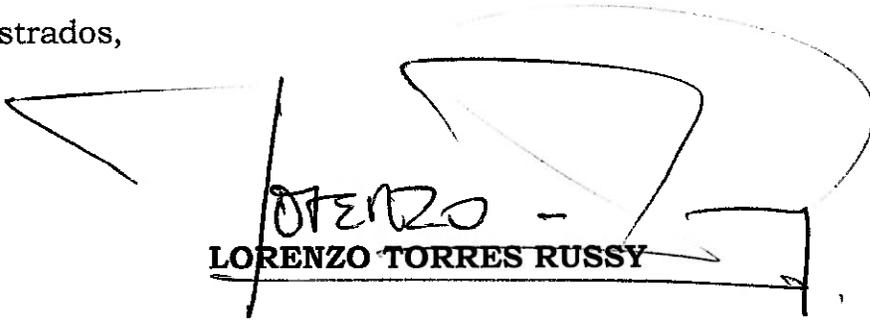
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

Fuero de penurias
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECEBIDO S. LABORAL
4462 FEB 21 PM 4:04

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSÉ AGUSTÍN HUERTAS TORRES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 006 2018 00857 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las apoderadas de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

Solicitó el demandante el reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas canceladas tardíamente, por el tiempo comprendido entre el 25 de diciembre de 2011 y el mes de octubre de 2014, fecha en que le es reconocida la pensión de vejez y pagado el retroactivo pensional, igualmente solicitó reconocer las sumas adeudadas con la corrección monetaria y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el 25 de agosto de 2011 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, sin recibir respuesta por lo que se vio obligado a promover una acción de tutela, en la que mediante sentencia del 23 de enero de 2013 le fue amparado el derecho de petición y solo hasta el 27 de agosto de 2013, una vez tramitado incidente de desacato

contra la entidad demandada, fue proferida resolución que negó el reconocimiento, decisión que recurrió y ante la falta de decisión elevó solicitudes para que fuera resuelto, las que radicó el 13 de diciembre de 2013 y reiteró el 23 de mayo de 2014, sin que tampoco la entidad le diera respuesta por lo que nuevamente debió acudir a otra acción de tutela, en la que por sentencia del 5 de mayo de 2014 se amparó el derecho de petición por lo cual fue expedida resolución confirmando la anterior; informa que ante su insistencia con la presentación de nuevas solicitudes, finalmente el 10 de octubre de 2014 la entidad expidió la Resolución VPB 17732 mediante la cual reconoció la pensión de vejez y ordenó el pago del retroactivo por la suma de \$42.948.003, con inclusión en nómina a partir del mes de noviembre de 2014; mediante la Resolución SUB 236040 del 25 de octubre de 2017 la entidad negó los intereses moratorios reclamados.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que el reconocimiento pensional se efectuó bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la Ley 33 de 1985, sin que de acuerdo con la jurisprudencia existente haya lugar al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la referida Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, inexistencia del cobro de intereses moratorios, prescripción y la genérica. (fls. 82-95)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 27 de agosto de 2020, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia en la que resolvió:

*“PRIMERO: CONDENAR a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante JOSÉ AGUSTÍN HUERTAS TORRES la suma de \$14'343.570 por concepto de intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
SEGUNDO: La EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la entidad demandada se DECLARA NO PROBADA.*

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de \$2'500.000 por concepto de agencias en derecho."

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

V.

¹ Manifestó no estar de acuerdo con la suma establecida en la condena que por intereses moratorios determinó el Juzgado al considerar que corresponde a un monto mayor, *"como de veinte millones"*.

VI. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Se opuso a la condena proferida por el Juzgado al señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los intereses moratorios proceden exclusivamente para las prestaciones reconocidas en aplicación de la Ley 100 de 1993, por lo cual considera que

¹RECURSO PARTE DEMANDANTE

"Pues yo estoy conforme con la decisión de conceder los intereses moratorios, pero mi liquidación me da por encima de eso, me da como de veinte millones, entonces, pues voy a apelar en relación con la liquidación, puyes considero que son mas altos que los catorce millones, para que se liquiden por el Tribunal nuevamente, por no estar conforme con la liquidación. En ese sentido dejo presentado mi recurso de apelación."

RECURSO PARTE DEMANDADA

"Me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, teniendo en cuenta y en aplicación del criterio jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, entre estas la del radicado 44793 del 21 de febrero de 2012, en la que se señaló la improcedencia de los intereses moratorios cuando no sea por retardo en el pago de mesadas pensionales; en el caso concreto como se señaló en el acervo probatorio, mi representada a partir de la Resolución VPB 17732 del 10 de octubre de 2014 ha venido pagando mes a mes los intereses moratorios al demandante; de otra parte solicito también en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema se tenga de presente que en sentencias como la 46502 de 2011, se señaló que los intereses moratorios proceden exclusivamente para las prestaciones reconocidas en aplicación de la Ley 100 de 1993, lo que no puede ser en el caso concreto pues al demandante se le reconoció la prestación por remisión del art. 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando la Ley 33 de 1985. Subsidiariamente solicito al Tribunal se compensen las sumas reconocidas por concepto de indexación por mi representada en la Resolución VPB 177732 del 10 de octubre de 2014, teniendo en cuenta incompatibilidad existente entre los intereses moratorios y la indexación, lo que ha sido reiterado en diferentes oportunidades por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del radicado 39140 del 16 de septiembre de 2012, que señala esa incompatibilidad porque persiguen la misma finalidad. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación."

no hay lugar a que se ordenen esos intereses porque al demandante se le reconoció la prestación por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando la Ley 33 de 1985. Subsidiariamente solicitó se compensen las sumas reconocidas por concepto de indexación en la Resolución VPB 177732 del 10 de octubre de 2014, teniendo en cuenta incompatibilidad existente entre ésta y los intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en los artículos 66 A-*principio de consonancia*- y 69-*grado jurisdiccional de consulta*- del C.P.T. y de la S.S., respecto de la entidad demandada la Sala examinará si al demandante, le asiste derecho al pago de los intereses moratorios por la tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos que impuso el *a quo*.

Son hechos no controvertidos en el juicio que mediante la Resolución VPB 17732 del 10 de octubre de 2014, la entidad demandada reconoció al actor la pensión de vejez, a partir del 29 de junio de 2011, en cuantía inicial de \$1.027.057, para ser pagada con la inclusión en nómina del mes de noviembre de 2014, igualmente reconoció el retroactivo por valor de \$42'948.003, reconocimiento efectuado bajo lo normado por la ley 33 de 1985 por ser el demandante beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (fls. 60-64)

Determinado lo anterior, se tiene que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia con Radicado n°. 56314 (SL 13678) del 7 de septiembre de 2016, reiteró los criterios adoptados en las sentencias proferidas bajo los radicados 49533 y 55252, entre otras, en las que se precisó que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no resultan procedentes cuando la pensión no es de aquellas

que se conceden con sujeción íntegra a la referida ley de seguridad social, sino que corresponde a la señalada en otro marco normativo, como ocurre en este caso en que la pensión del demandante fue reconocida bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por ello, frente a la existencia de un precedente claramente definido por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral Ordinaria era el que se debía considerar para eventos como el presente y en esa medida la Sala negaba el reconocimiento de los referidos intereses moratorios al concluir que las pensiones reconocidas sin sujeción a la Ley 100 de 1993; no obstante como lo señaló el a quo en su sentencia, la referida Corporación cambió de manera radical su postura al admitir que frente a la mora en el reconocimiento y pago de mesadas en todas las pensiones que se reconozcan en virtud del régimen de transición y en aplicación de normas diferentes a la Ley 100 de 1993, se deben reconocer tales intereses, así lo indicó la Corte en la sentencia SL1681-2020, radicación N° 75127 del 3 de junio de 2020, al señalar en lo pertinente:

“(i) El artículo 53 de la Constitución Política obliga al Estado y a las entidades de previsión social a garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales», premisa que no distingue la fuente legal o el tipo de pensión. En tal dirección, no hay una razón objetiva y plausible para excluir a los pensionados del régimen de transición del derecho a percibir los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con mayor razón si se tiene en cuenta que, sin distinción alguna, todos ellos pueden ver comprometido su mínimo vital y sufrir perjuicios con ocasión de la dilación injustificada en el pago de las pensiones.

(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal.

(iii) Si bien las pensiones del régimen de transición se rigen en tres aspectos puntuales (edad, tiempo de servicios o semanas y monto) por las reglas anteriores, en todo lo demás les aplica la Ley 100 de 1993. Debido a ello, se trata de pensiones englobadas en el sistema general de pensiones, cuyas condiciones de causación son más flexibles o favorables que las del resto de pensionados. Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.”

En consideración al citado referente jurisprudencial, si bien COLPENSIONES reconoció al demandante la pensión de vejez con inclusión del retroactivo, no lo hizo desde la fecha en que correspondía, por ello el pago de intereses moratorios procede sobre el retroactivo reconocido, vencido el término de los cuatro (4) meses con que contaba para conceder la prestación como lo menciona el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, al haber solicitado el demandante el reconocimiento pensional desde el 25 de agosto de 2011 (fl. 17), los intereses de acuerdo con la norma referida proceden a partir del 26 de noviembre de 2011 y hasta el 14 de noviembre de 2014, cuando se reconoció la pensión y se ordenó el pago del retroactivo con inclusión del mismo en nómina de la referida fecha, tal y como lo dispuso el Juzgado en la sentencia por lo cual se confirmará.

Frente a la inconformidad de la apoderada del demandante, sobre el monto en que se efectuó el reconocimiento de los intereses, debe indicar la Sala que su recurso no presenta razones concretas para argumentar que la suma establecida por el Juzgado no es la que corresponde, ya que solamente manifiesta *“a mí me dan como de veinte millones”*; no obstante, al efectuarse la revisión de esa liquidación (fls. 109-110), claramente se observa que se basó en las fechas y montos determinados en las pruebas aportadas con la propia demanda, así mismo que se tuvieron en cuenta los porcentajes establecidos como tasa de interés, los que se aplicaron en debida forma al capital adeudado por concepto de las mesadas causadas; por tanto, ningún reparo se le puede hacer a esa liquidación.

Tampoco hay lugar a acceder a la compensación que solamente en el recurso propone la apoderada de la entidad demandada, sin haber formulado en su escrito de contestación ese medio exceptivo, el cual como es sabido no se puede declarar de oficio por el juzgador.

Por lo discurrido se confirmará la sentencia recurrida en todas sus partes.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de agosto de 2020, de acuerdo con lo expuesto en las motivaciones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante Edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

Por uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

24

1870

1871

1872

1873

1874

1875

1876

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1884

1870
1871
1872
1873
1874
1875
1876
1877
1878
1879
1880
1881
1882
1883
1884



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

4459 FEB 21 PM 4:03
4459 FEB 21 PM 4:03

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLARA INÉS MARTÍNEZ PINEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00487 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la apoderada de Old Mutual S.A. así como el grado jurisdiccional a favor de Colpensiones contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

La señora CLARA INÉS MARTÍNEZ PINEDA, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A. el 18 de octubre de 1994 y posteriormente a OLD MUTUAL S.A. el 24 de mayo de 2013 por incumplir la obligación legal de brindarle información objetiva sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; solicita se trasladen a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó en la AFP demandada.

Sustentó sus pretensiones, en que se vinculó al sistema de seguridad social en pensiones ante el I.S.S., el 21 de febrero de 1985 y posteriormente en el año 1994, se afilió a Protección S.A. y en junio de 2013 se trasladó a Skandia S.A. hoy Old Mutual S.A., al ser informada que en el Régimen de Ahorro Individual se podría pensionar a la edad que quisiera y con un monto más alto al que le correspondería en el Régimen de Prima Media; así mismo le manifestaron los asesores de esos Fondos que el Seguro Social se liquidaría y sus afiliados debían trasladarse a un Fondo privado para no perder las semanas que tenían cotizadas.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 e hizo referencia a las sentencias con radicado SL19447 de 2017, 31989 de 2008 y SL 1452 DE 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 65 a 79, en el que se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, adujo que la demandante para el año 2013 en que se vinculó a ese Fondo venía de estar afiliada a Protección S.A., por lo cual ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, por lo tanto la asesoría correspondió más a una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la afiliada, lo cual hace inexistente la causal de nulidad invocada. Propuso las excepciones de no participación, ni intervención en el momento del traslado de régimen, inhabilidad de la demandante para el traslado en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia del deber de asesoría e información, inexistencia de igualdad de este caso frente a las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., mediante su apoderado contestó la demanda como se observa en el escrito que obra a folios 118 a 126, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que con la suscripción

del formulario de afiliación la demandante expresó su voluntad de selección de régimen pensional, decisión que adoptó después de haber recibido información clara, precisa y de fondo respecto de la afiliación, por lo cual tiene plena validez y legalidad. Propuso las excepciones que denominó declaración libre y espontánea de la actora al momento de la afiliación al RAIS, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual en ese Fondo, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, ni el seguro previsional, compensación, prescripción y la genérica.

COLPENSIONES, para dar contestación allegó el escrito que obra a folios 134 a 138 en el que fundamentó su oposición en que la afiliación de la demandante a los Fondos privados cuenta con plena validez; además la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepto dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

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

QUINTO. CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. fijándose como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000).”

Como fundamento de su decisión, la Juez a-quo argumentó que de conformidad con la reiterada jurisprudencia que existe frente al tema, el deber de información de los Fondos de pensiones a sus afiliados siempre ha existido, sin que en este caso obre prueba suficiente que demuestre el cumplimiento de ese deber de información a la demandante, sin que el formulario de afiliación resulte suficiente para tener como acreditado ese requisito para la validez de la afiliación.

IV. RECURSO DE APELACION

Old Mutual S.A., solicitó revocar la sentencia de manera parcial, en lo que tiene que ver con la condena a la devolución de gastos de administración, porque esos descuentos son legalmente válidos, según lo indican las normas que citó para garantizar los aspectos inherentes a la afiliación, por lo cual solicitó considerar lo correspondiente a las restituciones mutuas que surgen de la ineficacia del traslado frente al beneficio y a la protección con que contó la afiliada durante su vinculación a ese Fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].** De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible

afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que el 18 de octubre de 1994, la demandante suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., documento que obra a folio 36 del plenario; posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. al suscribir el formulario respectivo el 24 de mayo de 2013 como se acredita a folio 42.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se pudo establecer que es de profesión Ingeniera de Sistemas y labora para el Departamento Nacional de Planeación, sostuvo que en el año 1994 cuando laboraba para el Congreso de la República, se escuchaban los rumores de que el Seguro Social se terminaría y que era necesario cambiarse a un Fondo privado de pensiones, esa misma información fue la suministrada por los asesores de Protección cuando efectuaron una visita a las oficinas donde laboraba, quienes además le dijeron que las semanas acumuladas en el ISS se podían perder de no tomar con prontitud la decisión de trasladarse, así mismo se le informó que la pensión en el Fondo sería más alta, que la historia pensional sería actualizada y sin más información suscribió el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

que desempeña el cargo de operario de almacén, con una asignación mensual de \$1.843.400. Aseguró que a partir del 18 de diciembre de 2015, la EPS le ha otorgado una serie incapacidades las que se han ido prorrogando hasta la fecha de presentación del presente trámite. Enunció que es beneficiario de la convención colectiva y que el empleador ha pagado las incapacidades generadas para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, tal como lo establece la convención colectiva, desconociendo las incapacidades generadas en los últimos seis meses del año 2016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 220 a 230 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no ha realizado ningún tipo de retención al salario, que dada la condición de incapacidad del trabajador, la cual superaba 360 días, el reconocimiento y pago del auxilio de incapacidad correspondía a las entidades del sistema de seguridad general de seguridad social, toda vez que solo le es imputable este pago por los dos primeros primeros días, pues a partir del día siguiente le corresponde al sistema, dado la subrogación del riesgo. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de abril de 2019, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido respecto de la sanción moratoria por no pago de incapacidades formulada por demandada ALPINA COLOMBIA S.A., y no probadas las demás, conforme lo expuesto en parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ALPINA COLOMBIA S.A, a reconocer y pagar a favor del demandante JORGE ENRIQUE BOHORQUWEZ RAMIREZ, auxilio de incapacidad convencional, por las incapacidades reconocidas desde el 13 de abril de 2016 al 24 de agosto de 2017, por la suma de \$27.594.943.33, la cual deberá ser

indexada desde la fecha de causación de casa uno de los subsidios, hasta el momento de su pago definitivo.

TERCERO: ABSOLVER a la demanda de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: LAS COSTAS a cargo de la parte demandada por Secretaria, incluidas las agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del demandante.

QUINTO: INDICAR que en caso de que el demandante haya recibido el subsidio de incapacidad por los periodos objeto de condena y por la parte de la administradora de fondos pensionales a la que se encuentra afiliado, deberá restituir a favor del demandado los dineros que haya recibido y en caso de que no lo haya recibido dicho subsidio de incapacidad por parte del fondo de pensiones y se tramite con posterioridad a esta decisión, el respectivo pago ante COLFONDOS o a la AFP serán con destino el empleador, advirtiendo que en atención a la Ley Anti-tramites, el empleador también está facultado para tramitar el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad por parte de no solo las EPS sino también de las AFP.”

IV. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada, inconforme con la decisión de primera instancia, presentó recurso de apelación, bajo el argumento que el reconocimiento del auxilio de incapacidad convencional, está atado al subsidio que por este mismo concepto reconozca la EPS, razón por la cual insiste que se efectúa hasta los 180 días, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 7 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y las Organizaciones sindicales USAT y UTA, trayendo a colación la sentencia No. 17030 de 2016 con radicación 46583, en la que se adoctrinó que no puede realizarse una interpretación literal de los textos convencionales, por lo que para que se constituya en un todo, debe hacerse una interpretación armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes. En ese sentido, la interpretación debe hacerse de manera integral entre los inciso primero y segundo del numeral 5 del artículo 7 de la CCT, que establece que el pago de incapacidades estará sujeto integralmente al subsidio de incapacidad que reconozca la EPS. Así mismo enunció, que en el evento en que se considere que la interpretación por el Juzgado se encuentra ajustada a derecho, solicita de manera subsidiaria una revisión de los montos adoptados como

salarios para liquidar el pago de incapacidades. Por otro lado, solicita se revise la nómina del año 2017, en la medida que a través de ella se acredita que hay conceptos reconocidos al actor, por la suma de \$798.807 y \$5.155.331, más cuando propuso la excepción de compensación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad otorgado entre el 13 de abril de 2016 al 7 de agosto de 2017, por parte de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., en atención a lo dispuesto por la Convención colectiva de trabajo.

Existencia de la relación laboral:

Sea lo primero indicar que, no se encuentra en discusión la existencia de la relación laboral, que se encuentra actualmente vigente entre el señor Jorge Enrique Bohórquez Rodríguez y la demandada, ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, desde el 5 de diciembre de 1995, pues tales hechos fueron aceptados por la demandada al momento de dar contestación al escrito inicial e igualmente se encuentra acreditado con la certificación visible de folios 355 a 357 del plenario.

Beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo:

La calidad de beneficiario del actor, de la convención colectiva de trabajo suscrita con las organizaciones sindicales USTA y UTA, se tiene corroborado de la aceptación realizada igualmente por la convocada a juicio, sumado al hecho que se aportaron los desprendibles de nómina del actor a folio 97 a 111 del expediente, en los que se observa el descuento de aportes a los sindicatos indicados.

Pago de auxilio de incapacidades convencionales:

En el caso bajo estudio, el numeral 5° del artículo 7 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone (fl. 26 y 27):

5. INCAPACIDADES

En los eventos de incapacidades por riesgo no profesional concedidas por el Instituto de Seguros Social o de la entidad que haga sus veces, ALPINA, le pagará a los beneficiarios de esta Convención Colectiva, el 100% del salario base de aportes correspondiente al periodo de duración de tales incapacidades.

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en la Ley, ALPINA se sujetará íntegramente a lo allí establecido para el pago de las incapacidades reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud EPS a sus trabajadores beneficiarios de ésta Convención Colectiva de Trabajo.

Ahora, se encuentra acreditado de los desprendibles de nómina que obran de folio 242 a 253 del expediente, que la demandada pagó al actor unas incapacidades generadas entre el año **2011** y hasta el mes de **marzo de 2016**.

No obstante lo anterior, a partir del mes de abril de 2016, la convocada a juicio se abstuvo del pago de dicho auxilio, motivando dicha situación, en que según la interpretación del artículo convencional anteriormente transcrito, la empresa demandada estaba sujeta a la Ley para el pago de incapacidades, y que por ello pasados los 180 días de incapacidades, le correspondía a la AFP a la que se encuentre el afiliado, asumir el pago de las incapacidades.

Al respecto tenemos, que mediante comunicación remitida por el Jefe de Talento Humano de la compañía demandada, se le informó la anterior situación al actor el día 19 de octubre de 2015, conforme se observa a folio 71 del plenario:

“Respetado Sr. JORGE ENRIQUE BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ

En atención a la comunicación de la referencia, en relación al reconocimiento y pago al auxilio por incapacidad, nos permitimos recordarle que el Sistema General de Seguridad Social es quien reconoce a sus afiliados las incapacidades generadas por

enfermedad general en los porcentajes y en los tiempos establecidos en la normatividad legal y reglamentaria vigente sobre la materia.

Una vez cumplido el día 180 de incapacidad, es responsable el Sistema General de Seguridad Social en cabeza de la AFP a la cual usted se encuentra afiliado, el reconocimiento y pago del auxilio económico de incapacidad, en la proporción y montos fijados por la normatividad legal y reglamentaria vigente sobre la materia, quedando claro que, como se informó en la comunicación anterior, la empresa no está llamada a reconocer el mencionado auxilio, tal como lo ha reconocido y establecido tanto la Corte, el Ministerio De Trabajo y la Superintendencia Nacional de Salud.

Ahora bien, en el caso en concreto le reiteramos que la EPS a la cual usted se encuentra afiliado (NUEVA EPS) nos ha informado que usted ha superado ampliamente el día 180 de incapacidad continua, razón por la cual no continuara reconociendo tal auxilio económico, teniendo como base la normatividad legal y reglamentaria vigente.

Es por ello que usted deberá remitirse a su fondo de Pensiones (COLFONDOS), para que sea éste quien le reconozca y pague la incapacidades que emita su EPS para estos efectos;”

Ahora, ha de resaltarse que la finalidad de los acuerdos convencionales es precisamente mejorar las condiciones laborales para aquellos trabajadores que ostentan la calidad de afiliados y/o representantes de la organizaciones sindicales, en la medida en que se pueden establecer cláusulas, condiciones, derechos y deberes adicionales o complementarios a los incluidos en el contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, al descender al asunto de marras se tiene, una vez realizada una lectura literal del texto convencional, que la misma estableció en su artículo 7-numeral 5, el pago de las incapacidades por riesgo no profesional, en un porcentaje del 100% del salario base de aportes correspondiente al periodo de duración de tales incapacidades, enunciado a renglón seguido que de acuerdo con lo previsto en la Ley, **ALPINA** se sujetará íntegramente a lo allí establecido para el **PAGO** de las incapacidades reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud EPS.

En este orden de ideas, se corrobora de las pruebas aportadas y tal como se precisó precedentemente, que en el asunto de marras el empleador ha pagado las incapacidades en un 100%, entre el año **2011** y hasta el mes de **marzo de 2016** (folio 242-253). Sin embargo el juez de primera instancia condenó al pago de incapacidades desde el **13 de abril de 2016 al 24 de agosto de 2017**, condena que no es aceptada por la pasiva, al considerar que según la ley solo responde por las incapacidades hasta el día 180, como quiera que con posterioridad es a la AFP que le corresponde el pago de las prestaciones económicas a favor de sus afiliados.

Así las cosas, como quiera que la norma convencional sujeto el pago de las incapacidades al trámite previsto en la ley, esta Sala de Decisión encontró lo siguiente:

-el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, estableció que el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS, y que en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Igualmente el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, enunció que cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

Así mismo, el Parágrafo 1, del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780, determinó que estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los 2 primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer 3 día.

No obstante, cuando el pago de este tipo de incapacidad es superior a 180 días, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 establece que quien asume esa obligación es la respectiva Administradora de Fondos de

Pensiones, bajo las siguientes reglas: Para los casos de enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la EPS, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente.

Cabe resaltar, que las EPS deben emitir el concepto de rehabilitación antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes del día 150 a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda (artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012)

Es preciso indicar, que cuando la EPS no expida el concepto favorable de rehabilitación, aun cuando el trabajador lo amerite, esta deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los 180 días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Frente al tema, la Corte Constitucional enuncio en sentencia T - 401 del 23 de junio de 2017:

“Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS. A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.”

Para el caso, la convención colectiva de trabajo suscrita entre la compañía demanda y sus sindicatos, estableció en el numeral 5 del artículo 7, que el pago de las incapacidades está a cargo de ALPINA S.A. en un 100% y que es obligación del empleador adelantar de manera

directa, ante las entidades promotoras de salud-EPS, el pago de las incapacidades a favor de sus trabajadores.

Ahora, de la documental que aparece a folio 352-353, se evidencia que desde junio de 2015 hasta agosto de 2017, el actor ha estado incapacitado. Sin embargo, no se evidencia que la EPS al día 150, haya emitido concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, por lo que de acuerdo al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, le corresponde a la EPS, pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal.

Lo anterior, permite concluir que si bien no se desconoce, que el acuerdo convencional sujetó el pago de las incapacidades al trámite establecido en la Ley- *el cual fue descrito en líneas precedentes*- esto es, que a partir del día 180 le corresponde es a la AFP el pago de las respectivas prestaciones a que haya lugar a favor del trabajador; lo cierto es que los preceptos legales otorgan a favor de los empleados un subsidio cuando las entidades de seguridad social, no cumplen con sus obligaciones, como en el caso de las EPS, de pagar incapacidades temporales hasta que emita el concepto favorable o desfavorable, y como quiera que es al empleador a quien le corresponde convencionalmente adelantar de manera directa el pago, debe asumir inicialmente esta obligación.

En el presente asunto, no existe prueba de la expedición del mencionado concepto, por el contrario la EPS, siguió emitiendo incapacidades, tal como se desprende del documento visible a folio 352 y 353, entiende esta Sala de Decisión, que como quiera que la convención colectiva determinó que dicha prestación sería reconocida ***hasta el periodo de duración de las incapacidades en un 100%***, sin hacer diferencia si las mismas eran responsabilidad de la EPS o AFP, solo mientras tuvieran vigencia, se habrá de condenar a ALPINA S.A. al pago de la suma enunciada por el A-quo, \$27.594.943.33, en la medida que la hallada por esta Corporación resultó superior \$27.765.633,00, lo que indica que modificar esta cuantía haría más gravosa la situación del único apelante.

PERIODO	SALARIO	VALOR INCAPACIDAD	SALARIOS PAGADOS
2016			
abril	\$ 1.726.500,00	\$ 748.150,00	0
mayo	\$ 1.784.050,00	\$ 1.784.050,00	0
junio	\$ 1.726.500,00	\$ 1.726.500,00	0
julio	\$ 1.784.050,00	\$ 1.784.050,00	0
agosto	\$ 1.904.847,00	\$ 1.904.847,00	0
septiembre	\$ 1.843.400,00	\$ 1.843.400,00	0
octubre	\$ 1.904.847,00	\$ 1.904.847,00	0
noviembre	\$ 1.843.400,00	\$ 1.843.400,00	0
diciembre	\$ 1.904.847,00	\$ 1.904.847,00	0
		\$ 15.444.091,00	
enero	\$ 1.904.847,00	\$ 1.904.847,00	0
febrero	\$ 1.720.507,00	\$ 1.720.507,00	0
marzo	\$ 1.904.847,00	\$ 1.904.847,00	0
abril	\$ 1.843.400,00	\$ 1.843.400,00	\$ 1.843.400,00
mayo	\$ 983.147,00	\$ 983.147,00	0
junio	\$ 1.843.400,00	\$ 1.843.400,00	0
julio	\$ 1.957.647,00	\$ 1.957.647,00	0
agosto	\$ 2.007.147,00	\$ 2.007.147,00	0
		\$ 14.164.942,00	
		\$ 29.609.033,00	\$ 27.765.633,00

Cabe precisar que para la liquidación de la prestación, se tomaron los salarios descritos a folio 253 a 255, y los descuentos realizados por el empleador bajo la denominación "ausencia no reconocida", e incluyendo el salario pagado en el mes de abril de 2017 (folio 253-256).

Lo anterior no obsta, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, el empleador pueda repetir contra la EPS o la AFP, para el pago de las incapacidades, pero en los porcentajes establecidos en la Ley, tal como quedo previsto en el numeral quinto de la sentencia de primera instancia.

De esta manera ateniendo los argumentos expuestos, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

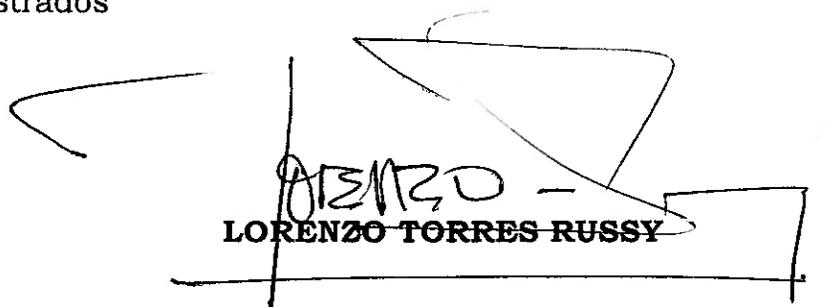
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA de fecha 10 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, tal como se expuso precedentemente.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia queda notificada en estrados.

Los Magistrados



LORENZO TORRES RUSSY

(EN USO DE PERMISO)
CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
SALVA VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Trib. Superior de Bogotá

4445 FEB 21 PM 4:03

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FLOR NANCY DIAZ PIRAQUIVE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 028 2019 000193 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

La señora FLOR NANCY DIAZ PIRAQUIVE, pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 3 de diciembre de 1999 y a COLFONDOS S.A. el 22 de septiembre julio de 2005, por el incumplimiento de los deberes legales de información. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se ordene su regreso automático a COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 25 de mayo de 1964, en el mes de febrero de 1983 se vinculó al sistema general de pensiones ante el ISS, y se trasladó al Fondo Porvenir S.A. el 3 de diciembre de 1999, al recibir información sobre unos beneficios pensionales que jamás se podían cumplir, sin que la ilustraran sobre las diferencias entre los dos regímenes pensionales; manifestó que el 22 de septiembre de 2014 se trasladó a Colfondos S.A., e informó que el 17 de enero de 2019 solicitó el retorno a Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 25, 29, 39, 46, 53 y 93 de la Constitución Nacional, Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, los Decretos 692 y 1161 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31314 de 2008 y 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece de folios 87 a 97, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la solicitud de traslado objeto del litigio se efectúa sin que la afiliada reúna los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida, además de no existir causal de nulidad en esa afiliación; sostuvo que el traslado afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional. Propuso las excepciones de buena fe, protección a la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social y la genérica.

COLFONDOS S.A., para dar contestación a la demanda allegó el escrito que obra a folios 110 a 125, en el que se opuso a la declaración de nulidad de traslado, con fundamento en que ese Fondo si le brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le informó sobre las

características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas de esa afiliación, el derecho a rentabilidad que tiene los aportes y en general todas las formalidades que se debían surtir, por lo cual no puede tener prosperidad la nulidad pretendida, la cual es eficaz por no existir en su generación vicios del consentimiento. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación, pago y la genérica.

PORVENIR S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 180 a 187, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, adujo que a la demandante se le brindó toda la información del traslado acorde con las disposiciones legales, por lo cual la afiliación efectuada es plenamente válida. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a la entidad, compensación, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de julio de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.DECLARAR la NULIDAD del traslado de régimen pensional efectuado por la señora FLOR NANCY DIAZ PIRAQUIVE al RAIS con fecha de 03 de diciembre de 1999, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguno por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora FLOR NANCY DIAZ PIRAQUIVE identificada con C.C. 51.732.025 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.
CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: Las costas de esta instancia están a cargo de las dos entidades demandadas, señalándose como agencias en derecho la suma de \$700.000 a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior, por ser adversa los intereses a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados SL 1421 , SL 1451, SL 1681 y SL 1689 todas ellas del año 2019, constituyen un precedente judicial que debe ser aplicado en este caso, en el que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado los Fondos de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación hubiesen impartido información veraz, oportuna y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, sin que el formulario de la afiliación inicial constituya prueba de haber sido informada de las desventajas o beneficios que implicaban el traslado y su firma de la demandante solo permite establecer una aceptación pero no informada, sin que el ahorro voluntario que realizó la afiliada implique que conocía las características de ese régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Fundamentó su solicitud de revocar de manera total la sentencia recurrida en que al haber sido declarada la nulidad del traslado por el Juzgado, se debe tener en cuenta la densidad de años en que ha permanecido afiliada la demandante al RAIS, lo cual da lugar a que haya operado el fenómeno de la ratificación en cuanto a las falencias sobre la información que se hubieran podido presentar, sin que pueda decirse que estuvo desinformada durante más de 2 décadas y percatarse del engaño solo hasta la fecha en que se interesó por su derecho pensional, de

acuerdo con la sentencia SL 413 de 2018, y el artículo 898 del Código de Comercio, sostuvo que la nulidad se encuentra saneada

V. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia en su integridad, con fundamento en que para el año 1999 en que la demandante efectuó su vinculación al Fondo se cumplieron todos los requisitos para la validez de ese acto, por cuanto se le explicó de manera expresa todo lo relacionado al momento de suscribir el formulario; además la actora no era beneficiaria del régimen de transición y estaba a casi 30 años de adquirir su derecho pensional, por lo cual no se podía establecer la conveniencia cierta de estar en uno u otro régimen, sin que sea creíble que en el lapso de 20 años en que ha permanecido afiliada al RAIS no hubiera contado con la debida asesoría.

VI. RECURSO DE APELACIÓN COLFONDOS S.A.

El apoderado de este Fondo concretó su recurso respecto del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, en cuanto a la devolución de los conceptos allí relacionados porque esos descuentos son de orden legal para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, por lo cual además de haberse ya efectuado el pago de esos dineros a las aseguradoras para esos cubrimientos y en igual sentido los gastos de administración, ni las sumas por rentabilidad pueden ser objeto de devolución en razón a su destinación específica.

VII. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VIII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán

*abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 25, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., de fecha 3 de diciembre de 1999. Igualmente, a folio 26, se incorporó formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. de fecha 22 de septiembre de 2014.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que se afilió a PORVENIR S.A., cuando laboraba en Telecom, al manifestar que los asesores de varios Fondos informaron que el Seguro Social se terminaba y que por eso era necesario que hicieran las contribuciones pensionales en ese tipo de Fondos, lo cual aceptó porque no tuvo la asesoría suficiente sobre los pro y los contra de ese traslado, posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A., porque supuso que se mantenían las garantías que inicialmente le habían brindado, pero tampoco recibió información concreta sobre los pormenores de esa vinculación, manifestó que al cumplir los 55 años se acercó al Fondo a indagar sobre los documentos que debía presentar para adquirir su pensión, así mismo solicitó una liquidación sobre el monto de su mesada y le indicaron que correspondería a 2 salarios mínimos mensuales, por lo cual se sintió engañada al no contar con esa información cuando efectuó el traslado y por eso contrató los servicios de un abogado para buscar la corrección a esa situación.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de julio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

En uso de Poderes
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TOS SECRET S. LABORAL

44954 FEB 21 PM 4:02

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR HUMBERTO OTALORA ROMERO contra METROKIA S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 017 2017 00530 -01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra a la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de septiembre de 2019.

Por otra parte, se advierte que el apoderado de la sociedad demandada presentó escrito de alegaciones para solicitar que se absuelva a su representada de todas las pretensiones al manifestar que las bonificaciones pagadas dentro de la relación laboral jamás tuvieron connotación salarial y la parte actora en ejercicio de la carga de la prueba no demostró lo contrario por lo cual a su juicio quedó probado que esos pagos se hicieron por mera liberalidad sin relación directa con la prestación del servicio del trabajador. En cuanto a la indemnización por despido sostuvo que quedó probado el incumplimiento del actor respecto de la meta de ventas como él lo aceptó al absolver interrogatorio de parte, situación que al constituir falta grave daba lugar a la terminación con justa causa del contrato de trabajo.

I. ANTECEDENTES

HUMBERTO OTALORA ROMERO, solicitó se declare que la erogación denominada bono no salarial constituye salario, y fue recibida por el trabajador como contraprestación de sus servicios de carácter permanente; con base en ello pretendió la liquidación y pago del reajuste a las cesantías, vacaciones, y primas de servicios causados por todo el periodo laborado, así como el reajuste del valor de los aportes a la seguridad social; solicitó la restitución del salario en especie que fue descontado durante toda la relación laboral, la restitución del valor que el trabajador pagó de su patrimonio por concepto de uniforme; la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones el actor manifestó que estuvo vinculado con la sociedad demandada durante el lapso comprendido entre el 14 de abril de 2010 y el 13 de noviembre de 2015, desempeñando el cargo de Asesor Comercial, el salario pactado correspondió a una suma variable compuesta por un salario mensual de \$408.500 más un subsidio como salario en especie por valor de \$106.500 mensuales por minutos corporativos de celular, más comisiones por ventas de conformidad con el plan de remuneración variable por ventas; sostuvo que la empresa lo obligó a comprar con su dinero los uniformes con el logo de la compañía. Sostuvo que las bonificaciones no salariales eran reconocidas todos los meses como contraprestación de las ventas realizadas y eran parte de su ingreso por lo cual deben ser tenidos en cuenta como factor salarial. Sostuvo que de su salario le fueron efectuados descuentos no autorizados pese a que habían sido pactados como salario en especie: Informó que la terminación del contrato de trabajo se produjo como consecuencia del procedimiento establecido por la demandada para el cumplimiento de metas de ventas. (fls. 5-17)

La sociedad demandada al dar contestación (fls. 80-110) aceptó la existencia del contrato de trabajo entre las partes, se opuso a las pretensiones correspondientes a las condenas por las diferencias de los conceptos laborales reclamados con la manifestación de haberlos cancelado en su totalidad,

teniendo en cuenta el salario real devengado por el trabajador, siendo reconocidas las bonificaciones por mera liberalidad sin que fueran imputadas a la realización de cualquier trabajo adicional que realizara el actor, por lo cual se pactó en el contrato de trabajo que no serían consideradas como parte del salario. Sostuvo que igualmente se pactó en el contrato de trabajo la remuneración compuesta por una suma fija y un subsidio de comunicación que tenía como fin el pago de un plan mensual de minutos al operador de telefonía celular, así como una parte variable por comisiones de acuerdo con las metas establecidas cuyo incumplimiento tenía como consecuencia la terminación del vínculo laboral. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, *Resolvió:*

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor HUMBERTO OTALORA ROMERO identificado con la CC 86.042.531 como trabajador y la sociedad METROKIA S.A. como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de abril de 2010 y el 13 de noviembre de 2015 y que terminó por decisión unilateral injusta del empleador.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de cobro de lo no debido y de pago y de forma parcial la prescripción de acreencias causadas antes del 28 de agosto de 2014, según las razones expuestas.

TERCERO: DECLARAR que las denominadas bonificaciones pagadas al demandante señor OTALORA ROMERO tienen carácter salarial y constituyen base para la liquidación de acreencias sociales a favor del demandante, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a METROKIA S.A. a reliquidar al demandante el auxilio de cesantía, sus intereses, prima de servicios y vacaciones, incluyendo dentro de la base salarial las mencionadas bonificaciones y en consecuencia se condena al pago de los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican: a) 8'455.706 por reajuste de los conceptos señalados; b) \$10'807.026 por indemnización por despido injusto; c) \$1'029.090 por restitución de descuentos efectuados al trabajador por telefonía celular; d) \$780.341 por restitución de valores asumidos por concepto de uniformes; e) la indexación de esos valores desde la fecha de terminación del contrato y hasta cuando se haga efectivo su pago, según las consideraciones expuestas.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada en proporción al 80% en firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación e inclúyanse agencias en derecho por valor de \$1'800.000 MCTE.”

III. RECURSOS DE APELACION¹

¹ Parte demandante.

Presento recurso de apelación a fin de que el Tribunal modifique el valor de las diferencias salariales que fueron objeto de condena y modifique el numeral en que declaró la excepción de prescripción, en lo atinente a que esta no opera frente a las cesantías; se solicita también que se revoque la absolución por aportes al sistema de seguridad social y que se revoque la absolución por indemnización moratoria. La parte demandante considera que la liquidación que hizo el Juzgado de las diferentes acreencias salariales que en realidad ascienden a una suma muy superior en promedio de \$29'859.851, teniendo en cuenta la prescripción a excepción de las cesantías; y si bien el Juzgado consideró que no se trata del pago total de cesantías sino de su reliquidación, en realidad el principio que ha expuesto la Corte inveteradamente frente a la prescripción es que comienza a contarse a partir de la terminación del vínculo laboral, no tiene por que ser limitada a casos se debe reliquidar esta prestación y esto tiene una razón, la Corte en esas sentencias ha indicado que dicha prescripción no debe contarse año tras año, porque las cesantías si bien año a año, se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral, si hay una reliquidación de cesantías eso hace parte del rubro de cesantías entonces no debe de ninguna manera limitarse con la prescripción. La parte actora también considera que el Juzgado se equivocó al establecer que no podía condenarse a la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social al no existir una historia laboral, en estos juicios laborales no existe tarifa legal, ni norma que indique que necesariamente unos aportes a seguridad social deban probarse con las historias salariales y para el efecto es importante tener en cuenta que quedó demostrado que el demandante estuvo afiliado y no se tuvieron en cuenta para su aportes el monto de las bonificaciones. Tampoco encuentra esta parte una razón atendible para que el Juzgado no haya condenado a la indemnización moratoria, al indicar que hubo buena fe de la demandada al no desconocer el pago de los salarios, cuando no es razonable que se le pague al trabajador un mínimo y que otro muy superior sea no salarial por lo cual es evidente una actitud de mala fe, cuando es intención del empleador disfrazar con una bonificación que es claramente salarial, como en este caso, porque la demandada no desconoció su carácter habitual y retributivo.”

Parte demandada

Me permito presentar recurso de apelación parcial, como primer punto ataco la declaración relacionada con las bonificaciones pagadas en la relación laboral frente a las que si bien se pagaron de manera habitual, existe un pacto de exclusión salarial relacionado en varios acuerdos escritos y era carga de la prueba de la parte demandante demostrar que ese pago era salarial, sin que el propio juzgador hubiera mencionado prueba alguna que le permitiera concluir que esas bonificaciones retribuían el servicio prestado por el trabajador y aun en el evento en que le correspondiera la carga de la prueba a la parte demandada, se logró demostrar que dicho pago se hizo por mera liberalidad y no tenía relación directa con un pago que tuviera connotación salarial, como ocurre con la comisión por ventas, sin que en la tabla de comisiones que obra a folio 58 se haya hecho alguna mención específica sobre el pago de bonificaciones; por otro lado se debe considerar que con la demanda se aportó otro documento relacionado con los pagos de unas comisiones, pero están relacionadas con la colocación de pólizas o de créditos de vehículos y hablan de una empresa tercera que se llama Confirmeza y posiblemente el demandante creyó que esos pagos se realizaban bajo el concepto de bonificaciones y por ende debían ser constitutivos de salario, pero quedó evidenciado con el interrogatorio de parte del demandante que dichos pagos no provienen del empleador, sino de empresas terceras y que las pólizas eran directamente para la empresa Alianza Comercial de Seguros, una vez presentaba cuenta de cobro. En el testimonio rendido por Gloria Garzón se reiteró lo antes mencionado e incluso allegó pruebas documentales que fueron incorporadas al expediente (fls. 160-165) que corresponde a los contratos de corretaje que suscribió el demandante con empresas terceras, por lo cual la testigo señaló que hubo una confusión en el demandante; por lo tanto quedó demostrado que esa bonificación no guarda relación con la gestión de ventas de vehículos, ni es acertada la manifestación del Juzgado cuando dijo que esa bonificación excedía bruscamente el pago pactado como salario y que era un mínimo, cuando lo cierto es que en la cláusula 3ª del contrato de trabajo se estableció que el salario pactado era mixto, el cual tiene una parte fija que es el salario mínimo y una parte variable que correspondía a la comisión por ventas por lo que con los desprendibles de pago se evidencia que el pago era muy superior; la testigo informó que el pago de la bonificación correspondía a unos conceptos establecidos por la Gerencia y se manejaban de manera confidencial y no solo se reconocía a la fuerza de ventas sino a la parte administrativa y que nunca tuvo conocimiento concreto de cómo procedía ese pago, pero tenía entendido que era dependiendo de las utilidades y con ello quedó evidenciado que las bonificaciones se pagaban por mera liberalidad. Se debe

La parte demandante solicitó modificar el valor de las diferencias salariales que fueron objeto de condena, así como la decisión de declarar probada la excepción de prescripción, al considerar que no opera frente a las cesantías; igualmente pidió revocar la absolución por aportes al sistema de seguridad social y de indemnización moratoria; sostuvo que el principio que ha expuesto la jurisprudencia frente a la prescripción es que comienza a contarse a partir de la terminación del vínculo laboral, porque las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral, y que si hay una reliquidación de cesantías eso hace parte de ese rubro entonces no debe de ninguna manera limitarse con la prescripción. Manifestó que el Juzgado se equivocó al no proferir condena por la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social al no existir una historia laboral, argumentó que no se requiere esa prueba por estar demostrado que el actor estuvo afiliado y no le fueron cotizados en forma completa esos aportes; se opuso a la absolución impartida por el Juzgado respecto de la indemnización moratoria, manifestó que no hubo buena fe de la demandada al pagar al trabajador un salario mínimo y otra suma muy superior que consideró no salarial por lo cual sostuvo que es evidente una actitud de mala fe, cuando es intención del empleador disfrazar el salario con una bonificación que es claramente salarial.

A su vez la parte demandada solicitó revocar la sentencia en lo que fue objeto de las condenas impuestas al manifestar que frente a las bonificaciones pagadas al trabajador existe un pacto de exclusión salarial contenido en varios

tener en cuenta que el art. 59 del C.S.T., establece que se pueden hacer descuentos al trabajador, pero se debe demostrar también que existe su autorización, considero que el argumento del a quo para ordenar la devolución de los dineros descontados por telefonía celular consistente en que la demandada no demostró que el descuento se hubiera efectuado para para realizar ese pago al operador, al no existir ningún artículo que determine que la empresa tendría que demostrar en juicio cuando hace los descuentos que el dinero descontado mensualmente fue depositado de manera exacta ante una empresa, por lo cual debe proceder la absolución. Frente a los descuentos por uniformes, observamos que la testigo si manifestó que existía autorización de descuento frente a dicho concepto y aportó supuestamente las pruebas, pero al observar al parecer no se registró por lo que vamos a aportar al expediente para que los señores Magistrados determinen lo pertinente. También considero que quedó probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pues al dar respuesta a la pregunta 6 del interrogatorio de parte se establece que el demandante si incumplió la meta de ventas y aceptó que no vendía lo que correspondía a la meta que tenía como obligación en el reglamento interno de trabajo, por lo cual se debe absolver de esta pretensión,”

documentos suscritos por las partes, por lo cual consideró que era carga de la parte actora demostrar su connotación salarial y no logró acreditarlo, al quedar por el contrario probado que ese pago fue por mera liberalidad del empleador, sin que correspondiera a un pago para remunerar los servicios del trabajador; adujo que al recibir el actor pagos por comisiones relacionadas con la colocación de pólizas o de créditos de vehículos de una empresa tercera denominada "Confirmeza", posiblemente el trabajador creyó que esos pagos se realizaban bajo el concepto de bonificaciones y por ende debían ser constitutivos de salario, pero quedó evidenciado con el interrogatorio de parte del demandante que dichos pagos no provienen del empleador, sino de empresas terceras y que las pólizas eran directamente para la empresa Alianza Comercial de Seguros, una vez presentaba cuenta de cobro. Hizo mención a la prueba testimonial en la que afirma se evidenció lo dicho, incluso con los documentos aportados por la declarante que corresponden a los contratos de corretaje que suscribió el demandante con empresas terceras, sostuvo que quedó demostrado que esa bonificación no guarda relación con la gestión de ventas de vehículos, ni es acertada la manifestación del Juzgado cuando dijo que esa bonificación excedía bruscamente el pago pactado como salario y que era un mínimo, cuando lo cierto es que en la cláusula 3ª del contrato de trabajo se estableció que el salario pactado era mixto, el cual tiene una parte fija que es el salario mínimo y una parte variable que correspondía a la comisión por ventas y como se evidencia en los desprendibles de pago era muy superior; señaló que la testigo informó que el pago de la bonificación correspondía a unos conceptos establecidos por la Gerencia y se manejaban de manera confidencial y no solo se reconocía a la fuerza de ventas sino a la parte administrativa y que nunca tuvo conocimiento concreto de cómo procedía ese pago, pero tenía entendido que era dependiendo de las utilidades y que con ello quedó evidenciado que las bonificaciones se pagaban por mera liberalidad. Igualmente manifestó que se debe tener en cuenta que el art. 59 del C.S.T., establece que se pueden hacer descuentos al trabajador, pero se debe demostrar también que existe su autorización, por lo cual dijo no estar de acuerdo con el argumento del a quo para ordenar la devolución de los dineros descontados por telefonía celular consistente en que la demandada no demostró que ese descuento se hubiera efectuado para para realizar el pago al

operador, al no existir ningún artículo que determine que la empresa deba demostrar en juicio cuando hace los descuentos que el dinero descontado mensualmente fue depositado de manera exacta ante una empresa, por lo cual pide la absolución de esa condena. Frente a los descuentos por uniformes, sostuvo que la testigo si manifestó que existía autorización de descuento frente a dicho concepto *“y aportó supuestamente las pruebas, pero al observar al parecer no se registró por lo que vamos a aportar al expediente para que los señores Magistrados determinen lo pertinente”*. También consideró que quedó probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pues al dar respuesta a la pregunta 6 del interrogatorio de parte se establece que el demandante si incumplió la meta de ventas que tenía como obligación en el reglamento interno de trabajo, por lo cual pidió igualmente absolver de esa pretensión.

IV. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. -principio de congruencia-, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandada recurrente, en cuanto a que no debe considerarse el pago efectuado al demandante de bonificación como constitutivo de salario. Determinado lo anterior, se verificarán los argumentos contenidos en el recurso de la parte actora respecto de la prescripción parcial que declaró el Juzgado sobre algunas de las pretensiones, así como lo relacionado con los aportes a seguridad social, la indemnización moratoria, y en cuanto al recurso de la parte demandada se verificará si resultan procedentes las condenas impuestas por el a quo de las que solicita su absolución.

En el presente asunto, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes, toda vez que el mismo fue aceptado por la sociedad enjuiciada desde la contestación de la demanda.

Establecida la posición de las partes frente a la bonificación pagada al trabajador demandante, se remite la Sala a lo dispuesto por el artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo, norma que establece como constitutiva de

salario no solo la remuneración ordinaria, sino la fija o variable que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones; tales factores por corresponder a la noción legal del salario no pueden ser desconocidos en su vocación salarial, porque al corresponder a una retribución directa del servicio y por pertenecer a la estructura fundamental del salario, la ley les asigna de modo insustituible tal condición.

Ahora bien, existen pagos que por ser ocasionales o por ser efectuados por mera liberalidad del empleador o por no corresponder a remuneración directa del servicio, no tienen la condición de constituir salario, pues no están destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a permitirle el cumplimiento de las labores para las que se encuentra contratado, tal y como lo establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

A su vez el artículo 132 de la norma sustantiva, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, permite al trabajador y al empleador convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre que se respete el mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, ello significa que si dentro de un contrato de trabajo se llega a pactar cualquier modalidad que en la práctica afecte los principios obligatorios de la remuneración del servicio, ésta carecería de eficacia.

No obstante, si es lícito dentro de esa libertad de estipulación a que alude el citado artículo que empleador y trabajador determinen el pago de sumas que no constituyan base para liquidar acreencias laborales, ya que es la misma ley la que posibilita que en la vinculación laboral se establezca expresamente que pagos efectuados en forma habitual o transitoria, que sean acordados contractual o convencionalmente o pagados en forma extralegal por el empleador, no constituyan salario.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto mediante sentencias en las que moduló la metodología para establecer si un pago o remuneración corresponde a factor salarial, entre otras, sentencia 32567 del 27 de mayo de 2009, que en lo pertinente señaló:

(...)“Sea lo primero observar que el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 introdujo el calificativo de directa aplicado a la remuneración, como determinante en la definición de los pagos que constituyen salario, que no traía la prístina redacción del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo”. “Pues bien. Remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, la que encuentra vengo en el trabajo realizado por el empleado”.

“De tal suerte que la labor ejecutada por el trabajador es la que origina derechamente, sin rodeos, la contraprestación económica de parte del empleador”.

“Para expresarlo con otro giro: la retribución directa del servicio es la que tiene su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica, ya en dinero ora en especie”.

A no dudar, el carácter de retribución directa pasa a ocupar un sitial elevado a la hora de definir la naturaleza salarial de un determinado pago o beneficio, en dinero o en especie, que recibe el trabajador.

Ese carácter de retribución directa que se erige en nota distintiva del salario, en cuanto traduce la remuneración próxima o inmediata, por oposición a la lejana o mediata, que recibe el trabajador por el servicio prestado, es una consecuencia natural y lógica de los rasgos de bilateralidad y onerosidad, que acompañan al contrato de trabajo o a la relación legal y reglamentaria, en cuya virtud éstas generan naturalmente obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes, y en ellos está presente, por lo general, el ánimo especulativo o lucrativo de ambas partes.

Se sigue de lo dicho que pagos, reconocimientos, beneficios o ventajas que tengan un propósito distinto al de retribuir, directa, inmediata o derechamente, la actividad, tarea o labor del trabajador, no constituyen salario, así se reciban por causa o con ocasión de la relación subordinada de trabajo.

A propósito de la preponderancia del criterio de retribución directa del servicio en la determinación certera de lo que es salario, esta Sala de la Corte, en sentencia del 12 de febrero de 1993 (Rad. 5.481), adoctrinó:

“El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más

importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece, así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica –contrato de trabajo o relación legal o reglamentaria– que regule la prestación personal de servicios”.

Así mismo, si bien es cierto que el artículo 128 establece las excepciones para aquella premisa, al señalar que no constituye salario aquellos beneficios o auxilios habituales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, considera la Sala que en aras de realizar una hermenéutica acorde con los principios del derecho laboral y constitucional, no debe limitarse únicamente a la verificación restrictiva de un silogismo consistente en apreciar el clausulado del contrato de trabajo y el contenido esta última normatividad, sin detenerse a establecer lo realmente ocurrido en el desarrollo de la relación laboral, en la medida que la actividad judicial en materia laboral está llamada a desentrañar las circunstancias de hecho propias de cada una de las relaciones contractuales, en aras de encontrar la verdad real de los hechos, facultad que le fuera concedida desde la misma génesis del derecho laboral, ya que no se puede pasar por alto el eufemismo que señala, que en el derecho laboral se regula una relación entre desiguales.

Es por ello que se debe indicar la importancia que tiene el derecho laboral en la regularización de la convivencia social del país, y por ello, resulta relevante tener en cuenta la primacía que tiene la realidad sobre las meras formalidades.

En este sentido, es preciso insistir que toda remuneración que reciba el trabajador por la directa contraprestación de sus servicios que por demás, van a incrementar su patrimonio personal, debe ser considerada como factor salarial, pues precisamente reconoce su actividad personal en el cumplimiento de sus funciones.

A contrario sensu, es el empleador quien tiene la carga probatoria de acreditar en el juicio que los dineros reconocidos al trabajador y a los que no le otorgó la condición de salario, no lo son para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

En tal sentido encuentra la Sala a partir de las pruebas recaudadas que al demandante durante la vigencia del contrato de trabajo se le entregaban unas sumas de dinero bajo la denominación de “BONIFICACIÓN NO SALARIAL”, como se determina en los comprobantes de nómina allegados como prueba documental con la demanda (fls. 31 a 49), en ese mismo sentido en la liquidación final de prestaciones se incluyó ese concepto como descripción de los pagos efectuados al trabajador (fls. 50-51); la parte demandada incorporó a su contestación la fotocopia del contrato de trabajo suscrito con el actor en cuya cláusula tercera al regular el tema de la remuneración se estableció un párrafo en el que se pactó *“que las bonificaciones, los premios y los viáticos accidentales, que en su momento se otorguen al trabajador no serán considerados como parte del salario, como lo establece el C.S.T. artículo 128 por su carácter variable y ocasional.”* (fls. 112-114); así mismo en el otrosí del contrato suscrito el 2 de enero de 2011, se estableció en su cláusula primera: *“Gratificación o Bonificación por Mera Liberalidad. Las partes acuerdan que el EMPLEADOR reconocerá al TRABAJADOR, de manera voluntaria, una Gratificación o Bonificación por Mera Liberalidad, la cual se pagada (sic) en los montos y en el tiempo que así lo estime conveniente el EMPLEADOR, incluso dicho pago tener una periodicidad mensual.”*, y en el resto de ese clausulado se reiteró el carácter no salarial de la referida bonificación (fls. 119-120)

La parte demandada sostuvo desde la contestación de la demanda, así como en sus alegatos de conclusión y en el recurso interpuesto que esos pagos por concepto de bonificación se hacían al trabajador *“por mera liberalidad”* y que por esa circunstancia no era constitutiva de salario, tal aseveración no permite tener como sustentado el argumento de defensa sobre la no connotación salarial de ese pago, sin que la cláusula de exclusión salarial tenga la virtualidad, por si sola de tener como excluido de factor salarial el pago de la citada bonificación, pues además de resultar ambigua la redacción del clausulado en el que se pactó, no se establece en momento alguno en el litigio que tal pago haya estado destinado a facilitarle la labor al trabajador, ni para el desempeño cabal de sus funciones, pues como lo manifestó la declarante GLORIA CECILIA GARZÓN su único fin fue el de compartir las utilidades de la empresa, sin que tampoco encuentren respaldo probatorio las afirmaciones contenidas en el recurso de apelación de la parte demandada, respecto de una

posible confusión del trabajador frente a los pagos que recibía de terceros por conceptos como colocación de pólizas o por contratos de corretaje, cuando emerge con claridad del plenario que los pagos por concepto de bonificaciones provinieron de la demandada empleadora, como lo aceptó y confesó ésta durante el juicio, por lo cual no está sometido ese hecho debidamente probado a ningún margen de duda.

Se concluye entonces que tales pagos realizados por el empleador constituyeron una remuneración directa del servicio prestado por el actor y en esa medida es claro que no podían libremente ser clasificados por el empleador con el carácter de no constitutivos de salario, pues en efecto tienen ese carácter, como lo concluyó el a quo, por lo cual se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida.

Determinado lo anterior, en cuanto hace al recurso de apelación de la parte demandante en primer lugar, respecto de su inconformidad sobre los montos a que se contraen las condenas impuestas en la sentencia recurrida, al aseverar que debe ser superior, no encuentra la Sala que de la revisión de dichas condenas surjan sumas superiores, pues para esas liquidaciones fueron tenidas en cuenta las sumas real y efectivamente percibidas por el trabajador por concepto de bonificaciones de cuyo promedio no se establecen montos superiores a los liquidados por el Juzgado, en consecuencia no hay lugar a acceder a solicitado en el recurso en cuanto a disponer esas condenas en sumas superiores.

Frente a la prescripción que estableció el juez de primera instancia sobre la reliquidación de las cesantías, es claro que la exigibilidad del pago de las cesantías surge al momento de fenecer el contrato de trabajo, no así cuando se trata de una reliquidación, como ocurre en este caso, en que esa exigibilidad de la obligación demandada no emerge del finiquito laboral, sino que está atada al tiempo de inactividad para su reclamación previsto en la ley laboral, esto es 3 años desde que la obligación se haya hecho exigible, con la posibilidad de ser interrumpido mediante una reclamación formal y singularizada al respecto, sin que en el presente asunto se hubiera acreditado tal proceder del

actor, por lo que en efecto, como lo consideró el a quo había lugar a aplicar el término prescriptivo que determinó en su sentencia; por lo tanto no se acoge este aspecto del recurso de apelación de la parte actora y se confirmará esa decisión contenida en la sentencia recurrida.

Sobre la absolución que dispuso el Juzgado de la reliquidación de los aportes a seguridad social, con fundamento en que no se incorporó el documento que permitiera establecer el monto en que fueron cotizados para determinar las diferencias, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte en su línea jurisprudencial ha determinado que el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales y que no puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse ninguno de los tiempos laborados, por corresponder a un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable y con incidencia directa en el derecho pensional, el cual es de carácter fundamental; por lo cual ese precedente determina que se debe viabilizar el reconocimiento de todos los periodos, inclusive los cotizados de manera deficitaria al sistema de seguridad social y en perjuicio del trabajador afiliado, por ello deben ser reconocidas esas cotizaciones sobre el monto salarial realmente devengado y que son objeto de reclamación por el promotor del presente juicio; toda vez que la normatividad que regula este asunto condiciona esa posibilidad a la obligación del empleador de trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma deficientemente cotizada del trabajador afiliado al régimen pensional, a satisfacción de la entidad administradora, y considerando que quedó demostrada la existencia de una diferencia salarial, así mismo que no se le efectuaron al trabajador aportes al sistema de seguridad social en pensiones, sobre su salario real durante la vigencia de la relación laboral entre las partes, se deben sufragar por la parte demandada los aportes faltantes, sin que la falta del documento en que se determinen los montos aportados pueda enervar ese derecho pensional del demandante, por ser de carácter irrenunciable el cual se ve materializado con los respectivos aportes, por lo cual será revocada la decisión recurrida en ese aspecto y se condenará a la sociedad demandada a efectuar la cotización respectiva sobre las diferencias surgidas de la reliquidación salarial, montos que deberán ser determinados por la entidad de seguridad social a la que se

encuentra afiliado el actor y de acuerdo con los parámetros que la misma establezca para su pago.

En cuanto a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., de la cual fue absuelta la parte demandada se debe recordar que esa sanción no es de fijación automática, como así lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y es por ello que en cada caso se debe estudiar hasta dónde el empleador actuó de buena fe, considerando tal concepto como la conciencia recta, sincera, con sentimiento de honradez que teniendo la virtud de objetivarse se da a conocer mediante actos o comportamientos que inducen a pensar que quien así actúa, no tiene en su mente la idea deliberada de ofender la dignidad, atropellar los derechos o realizar obras fraudulentas en perjuicio de los demás. Se trata de un proceder razonable libre de astucia o viveza²; en ese sentido se ha indicado que la buena fe se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar, ni dañar; es aquella convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones³.

En este caso es evidente que se declaró que la bonificación que mensualmente le fue reconocida al trabajador es un factor constitutivo de salario, aspecto que fue apelado por el apoderado de la parte demandada, al mantener la sociedad empleadora su posición inicial de considerar que esos pagos se realizaron por mera liberalidad; no desconoce la Sala que que en principio una de las consecuencias directas de la vinculación laboral es el pago oportuno y completo del salario, prestaciones y demás conceptos laborales causados como consecuencia del contrato de trabajo; no obstante esa sola circunstancia no hace que sobre el empleador pese la configuración de una mala fe al no haber incluido en la base salarial un pago por bonificaciones sobre el que había pactado clausula de exclusión con el convencimiento de que esa era la realidad de la situación, la cual solamente en el juicio vino a quedar desvirtuada,

² Valencia Zea ARTURO. Derecho Civil.

³ Plá Rodríguez AMERICO. Los principios del derecho del trabajo.

aspecto que no puede ser tenido como una mala fe para hacer incurrir a la sociedad demandada en una condena que solamente es dable imponer cuando existen razones suficientemente comprobadas de un actuar de mala fe, que en este caso no alcanzó a configurarse, por lo cual se confirmará la decisión absolutoria que respecto de esta pretensión dispuso el a quo.

Finalmente, en cuanto hace a los demás reproches contra la sentencia contenidos en el recurso de apelación de la parte demandada, debe indicarse que frente a los descuentos de nómina efectuados al trabajador y sobre los que el Juzgado dispuso su devolución, se remite la Sala a lo establecido por el artículo 149 del C.S.T., que preceptúa que el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador; las normas prohibitivas de la compensación de sumas de dinero mediante descuentos rigen durante la vigencia del contrato laboral; concluido este, aquella queda bajo el imperio de las de las normas civiles, toda vez que terminado el contrato desaparecen los peligros que el legislador quiso conjurar, respecto de empleador y asalariado vuelven al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual y en esa medida si existen deudas debidamente comprobadas del trabajador frente a quien fuera su empleador, éste se encuentra facultado para efectuar su cobro.

En este caso los descuentos efectuados al demandante no cuentan con respaldo legal, toda vez que frente a los montos descontados por uniformes se debe tener en cuenta la obligación que pesa sobre el empleador de suministrar la dotación a sus trabajadores y al corresponder a una prestación, es claro que no le corresponde asumir ese gasto al trabajador y en cuanto a las sumas descontadas por concepto de telefonía celular, resulta acertada la posición del Juzgado al no encontrar demostrado en el plenario que en efecto esas sumas fueron pagadas por la sociedad demandada a la empresa de telefonía para de esta manera justificar el descuento, pero ante esa omisión no resultaba procedente efectuar el descuento de nómina al trabajador y por ello con razón dispuso la devolución de esas sumas indebidamente descontadas al trabajador de su salario, por lo cual se confirmarán las referidas condenas.

Sobre la indemnización por despido a la que fue condenada la demandada y que igualmente es objeto de su recurso se tiene que en la comunicación del 13 de noviembre de 2015 (fl. 125) mediante la cual se dispuso la terminación del contrato de trabajo aduciendo justa causa, se le indicó que la misma obedecía al no cumplimiento del presupuesto de ventas que le fue asignado al actor, lo cual se le manifestó constituye falta grave; entonces, del texto traído a colación se desprende que el contrato feneció con fundamento en una causa diferente de las previstas por el Legislador como justas para dar por terminado el contrato de trabajo; considera la Sala que no es viable su invocación como justa causa de despido, toda vez que no puede imputarse la responsabilidad de no venta o no comercialización de un determinado producto al empleado, porque se trata de una circunstancia que escapa a la actividad de cualquier persona, por más diligente que pueda ser, ya que en esa situación intervienen factores económicos tales como las leyes de oferta y demanda, que en un mercado como el nuestro pueden variar impredeciblemente.

Ahora bien, a las partes contratantes les está permitido en ejercicio de su autonomía de la voluntad pactar supuestos diversos a los previstos por el legislador como faltas graves, que pueden llegar incluso a erigirse como justa causa para dar por terminada la relación contractual, tal como ocurrió en este caso, evento en el cual al dispensador de justicia le está vedado desconocer la calificación de grave dada a la falta en el contrato individual suscrito por las partes, porque en esta hipótesis son las partes las llamadas a calificarla; no obstante como la causal invocada se deriva en el supuesto deficiente rendimiento del trabajador, se deben observar por el empleador los lineamientos previstos como fundamento normativo en el Decreto 2351 de 1965, debiendo previamente reconvenirlo, y realizarle los requerimientos por escrito en los que se le presenten cuadros comparativos de su rendimiento en relación con tiempos anteriores y aun con otros trabajadores que realcen la misma labor, así mismo acreditar en el juicio que se le prestaron los apoyos e incentivos necesarios y que aún así el trabajador no logró alcanzar las metas pactadas, es por ello que el empleador para dar por terminado el contrato invocando como causal la deficiencia en el desarrollo de actividades, debe

atemperarse a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1373 de 1966 que dispone:

“Para dar aplicación al numeral 9 del artículo 7 del decreto 2351/65, el patrono deberá ceñirse al siguiente procedimiento:

a) Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días. b) Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes. C) Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.

A lo anterior se debe sumar que el inciso segundo del numeral 15 de la literal a) del artículo 62 del C. S. T. subrogado por el Acto. 2351/65 Art. 7° preceptúa que *“En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince días”*

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación laboral, en sentencia de julio 17 de 1986 expresó:

“Despido injusto. Requisitos de fondo y de forma. “Para que pueda calificarse como justo el despido de un trabajador no solamente es indispensable motivarlo en causal reconocida en la ley, probar en juicio su veracidad, si hay litigio, sino también cumplir de manera celosa las formalidades o ritos que para ciertos casos exigen las normas laborales. Si no se acredita el justo motivo, será ilegal intrínsecamente el despido. Y si no se han observado los procedimientos o requisitos que el legislador o la convención colectiva de trabajo prevén para ciertas hipótesis, el despido será formalmente ilegal, aunque se haya inspirado en móviles legítimos. Es conocido, de otra parte, que para la cancelación del contrato de trabajo apoyada en ciertos móviles, como los que consagran los ordinales 9 a 15 del artículo 7°, aparte A, del Decreto Legislativo 2351 de 1965, la ley exige que el patrono le dé al empleado un preaviso, que en aquellos eventos es de 15 días, para que fenezca válidamente ese vínculo jurídico. Y si la ley no permite de manera expresa que puede compensarse en dinero el lapso que abarque esa noticia previa, resulta ineludible para el patrono darla en tiempo con la anticipación prevista o,

de lo contrario, romperá ilegalmente el nexo laboral, así llegue a fundamentar que se fundamentó en una justa causa”.

No obra dentro del plenario prueba en la que conste que la sociedad demandada de alguna manera cumplió lo antes mencionado, lo cual torna injustificado el despido, sin que tampoco se haya determinado de manera concreta por la demandada las metas concretas que debía cumplir el trabajador en el desarrollo de su gestión, ya que solo en una oportunidad se le indicó que debía cumplir con la meta de 8 unidades en el mes y que solo facturó 4 unidades (fl. 121), situación que para la Sala no tiene entidad suficiente para constituirse en conductas que ameriten el fenecimiento de la relación contractual laboral existente, toda vez que no denotan incumplimiento del actor en las obligaciones que eventualmente pudiera tener a su cargo. Así las cosas, y al no estar demostradas las conductas que se le endilgan a la demandante, el despido deviene en injusto, con la consecuente confirmación de la condena proferida por el a quo.

COSTAS del recurso a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE:

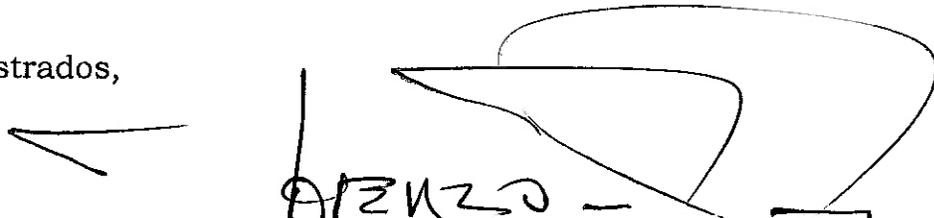
PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en cuanto absolvió del reajuste en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a cargo de la demandada, para en su lugar **CONDENAR** a la sociedad demandada a efectuar la cotización respectiva sobre las diferencias surgidas de la reliquidación salarial, montos que deberán ser consignados dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, conforme se expuso en las motivaciones.

TERCERO: COSTAS DEL RECURSO a cargo de la parte demandada.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

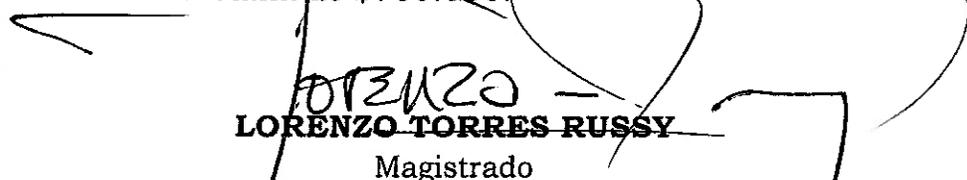
Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

INCLÚYANSE en la liquidación de costas, como ~~agencias~~ el derecho a cargo de la parte demandada la suma de \$700.000.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

44452 4FEB21 PM 4:02

44452 4FEB21 PM 4:02

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUDITH TERESA CABRA VASQUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 015 2019 00129 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación pensional. Como consecuencia de dicha declaración, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora JUDITH TERESA CABRA VASQUEZ, en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiere traslado. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 31 de diciembre de 1965; que el 12 de agosto de 1998, bajo engaños firmó

formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. Igualmente informó que presentó reclamación ante COLPENSIONES, con la finalidad de obtener el retorno al régimen que administra, pero que el requerimiento no fue atendido por dicha entidad.

Como fundamento normativo, citó el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Así como la sentencia con radicado 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 58 a 63 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado realizado por la actora a DAVIVIR hoy PROTECCION es plenamente valido, más aun cuando no le consta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se dio el traslado al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.**, dio contestación mediante el escrito que obra a folios 80-101, en el que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que el traslado efectuado por la demandante es un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza. Además que la afiliada tuvo la suficiente ilustración para optar o escoger el régimen al cual se vincularía. Propuso las excepciones 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, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de enero de 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. *DECLARAR la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante el día 12 de agosto de 1998, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora DAVIVIR administrada por PROTECCION S.A., que traslade los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y a COLPENSIONES a que reciba estos recursos, reactive la afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado al Régimen de Ahorro Individual, todo lo anterior, conforme a lo dispuesto en la parte motiva*

SEGUNDO. *No condenar en costas ni a favor, ni en contra de ninguna de las partes, conforme lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO. *Si la presente providencia no fuere impugnada, dada a naturaleza jurídica de COLPENSIONES, remítase las diligencias al superior para resolver el correspondiente grado jurisdiccional de CONSULTA.*

El A-quo argumento que los Fondos demandados no cumplieron con la carga de la prueba tendiente a demostrar que le brindaron al demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán

Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.”

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].**

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo,

acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que del formulario de afiliación obrante a folio 13, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS

administrado a través de la sociedad DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 12 de agosto de 1998 (fl.13)

La señora JUDITH TERESA CABRA VASQUEZ, al absolver el interrogatorio de parte, manifestó: *“decían que el Seguro Social IDSS (sic) se iba a terminar se iba quebrar y que íbamos a perder la plata, todo el tiempo que llevábamos cotizados, entonces empezando ahí, pues fue como una sensación de angustia e incertidumbre, y Dios que voy a hacer, nos dijeron, no pues por eso es que el gobierno está creando esos nuevos fondos privados como una alternativa mejor para ser galante de sus derechos y de obtener una mejor mesada pensional, entre eso lo que nos vendía era eso, que iba a tener una mejor mesada pensional, que me podía pensionar antes de tiempo y pues con mejores beneficios.”*

Por otra parte el representante legal de PROTECCION, enuncio en el interrogatorio de parte: *“si efectivamente existe, correspondiente pues al formulario de afiliación que fue allegado con el escrito de la contestación de la demanda, y en donde pues obra la información suministrada por la demandante a mi representada, en el año 98 para efectuar dicho traslado, dado pues que para esa anualidad pues este era el único documento y requisito requerido con el fin de materializar o estructurar dichos traslado o vinculaciones al sistema general de pensiones*

Mientras en el escrito de demanda, se manifestó: *“Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, pues el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen” (folio 87)*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente, PROTECCION S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una ilustración suficiente acerca del régimen pensional al cual se iba a vincular, empero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 12 de agosto de 1998, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de enero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO
LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

[Signature]
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
ACLARA VOTO

**Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 015-2019-00129-01,
promovido por Judith Teresa Cabra Vásquez contra Colpensiones y
otros.**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

4449 FEB 21 PM 4:01

4449 FEB 21 PM 4:01

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR CAROLINA RAMÍREZ LEAL contra CAJA
COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR -COLSUBSIDIO-**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 011 2017 00178 -02

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra a la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de mayo de 2019.

Por otra parte, se advierte que el apoderado de la demandante presentó escrito de alegaciones en el que manifestó que las partes pactaron desde el contrato de trabajo que la remuneración correspondería al salario integral, sin hacer alusión en forma alguna a proporcionalidad, sin que nunca hubiera sido voluntad de las partes que el salario fuera proporcional, cuando fue obligada a laborar la jornada máxima legal de 48 horas; señaló que de acuerdo con el artículo 132 del C.S.T., el salario integral se debe estipular por escrito y cualquier modificación al respecto igualmente debe constar por escrito y no ser impuesta de manera unilateral para cambiar la remuneración en detrimento de la otra parte, como dice que ocurrió en este caso al ser disminuida la remuneración de la demandante en un actuar de mala fe de la demandada quien dio lugar a esa disminución sin causa ni proporcionalidad alguna, toda vez que no

existe prueba alguna relativa a la aducida proporcionalidad del salario integral. Sostuvo que los descuentos que le fueron efectuados de la liquidación final de sus prestaciones no tienen fundamento normativo y no se podían realizar. Señaló que la renuncia motivada de la demandante debe ser valorada en razón al incumplimiento de las obligaciones de su empleador. Solicitó revocar en su totalidad la sentencia recurrida y acceder a las pretensiones de la demanda.

A su vez la entidad demandada presentó escrito de alegaciones para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia al quedar probado en el juicio que la modificación respecto del salario de la demandante nunca fue rechazado por ella y de forma tácita con el ejercicio de su cargo lo aceptó, al haber laborado una jornada inferior a la máxima legal, por lo cual era lógico que su salario se pagara en proporción al tiempo laborado; frente a la terminación del contrato esta correspondió a una decisión de la demandante sin que en la misma haya tenido injerencia la entidad empleadora sin que hubiera logrado demostrar en el juicio las causas que alegó; en lo referente al auxilio económico que le fue reconocido a la actora y que fue respaldado por un pagaré que ella suscribió y que goza de legalidad, así como la deducción de sus prestaciones sociales y demás derechos laborales al haber autorizado de forma expresa la trabajadora ese descuento.

I. ANTECEDENTES

CAROLINA RAMÍREZ LEAL solicitó se declare que la renuncia presentada a su empleador fue motiva en el engaño, los tratos injustos, humillantes y discriminatorios de los cuales fue víctima; igualmente pidió se declare que desde su reintegro laboral, luego de la licencia no remunerada no devengaba salario integral, por lo cual reclama el pago del salario pactado junto con las prestaciones y conceptos laborales que reclama como adeudados; pretende se declare que el pagaré que suscribió como trabajadora es ineficaz y no se le puede hacer ningún cobro. Pidió condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, las cesantías e intereses, primas de servicios de los años 2013 y 2014, la sanción por no consignación oportuna de

cesantías y la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que se vinculó laboralmente con la entidad demandada el 8 de abril de 2009 mediante contrato de trabajo a término indefinido con salario integral en la suma inicial de \$7'429.300 para desempeñar el cargo de médico pediatra, sin pacto de exclusividad por lo cual realizaba actividades laborales en otras instituciones; informó que por su iniciativa convino una licencia no remunerada a partir del 14 de febrero de 2011 para adelantar estudio de Endocrinología Pediátrica en México, para lo cual solicitó un auxilio económico a su empleador el cual fue otorgado el 7 de febrero de 2011, fecha a partir de la cual se produjo la suspensión del contrato de trabajo, con la estipulación de que al finalizar la licencia debía permanecer vinculada con la entidad demandada por un periodo de 5 años, como cláusula de permanencia mínima y con la obligación impuesta por el empleador de suscribir un pagaré en blanco junto con una carta de instrucciones para garantizar el retorno de la inversión en el evento en que de manera deliberada no cumpliera esa permanencia mínima; señaló que el 1º de abril de 2013 se reintegró a sus labores y se reanudó el contrato de trabajo, con un horario impuesto por la demandada y la imposición de atender pacientes en forma continua cada 20 minutos, lo cual le dificultaba su salida a la hora que correspondía lo cual complicaba su llegada a las otras instituciones donde laboraba y al negarse a realizar esas actividades recibía llamados de atención. Sostiene que en el año 2013 y de manera inexplicable la parte demandada le redujo su salario a la suma de \$6'230.900 inferior al pactado y le fue impuesto el cambio de jornada de la mañana a la tarde lo cual le resultaba imposible de aceptar en razón a los contratos simultáneos que tenía con otras entidades, sin que le fuera permitido contar con la posibilidad de cambiar la jornada por lo que el 7 de julio de 2014 presentó su renuncia, la cual fue aceptada hasta el 17 de julio de 2014.

La parte demandada dio contestación mediante escrito que obra a folios 68 a 89, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que con la trabajadora se pactó que la remuneración sería con salario integral pero ella laboró en una jornada muy inferior a la máxima legal por lo cual no procede el pago de lo reclamado, ni la devolución de lo descontado. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones, ausencia de obligación en la demandada, ausencia de moratoria en el empleador, compensación y prescripción.

Mediante escrito que obra a folios 113 a 119 la parte demandada promovió demanda de reconvencción contra la actora, en la que pretendió se declare que el contrato de trabajo terminó por renuncia voluntaria de la trabajadora, así mismo que incumplió el tiempo mínimo de permanencia de 5 años pactado en el documento de fecha 7 de febrero de 2011, se le ordene a la demandada en reconvencción cancelar a Colsubsidio las sumas reconocidas a título de auxilio educativo, en forma subsidiaria a esta pretensión se autorice compensar esas sumas con las posibles condenas que puedan surgir en este trámite, así como a descontar de su liquidación final del contrato esas sumas en forma indexada.

La demandada en reconvencción dio contestación mediante escrito que obra a folios 144 a 149, en el que se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las de buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 10 de mayo de 2019, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER A LA DEMANDADA CAJA COLOMBIANA DEL SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la ciudadana CAROLINA RAMÍREZ LEAL, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada en reconvención señora CAROLINA RAMIREZ LEAL a reintegrar de forma indexada a la CAJA COLOMBIANA DEL SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO la totalidad de las sumas dinerarias entregadas por concepto de auxilio económico de estudio, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$350.000.

CUARTO: CONSULTAR esta providencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por la parte demandante.

NOTIFICADO EN ESTRADOS.

ADICIONAR el numeral segundo de la parte resolutive el cual quedará:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada en reconvención señora CAROLINA RAMIREZ LEAL a pagar a la entidad demandada la suma de NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$91'334.581,00) por concepto de reintegro de auxilio económico de estudio."

III. RECURSOS DE APELACIÓN ¹

¹ "Parte demandante.

Vale la pena recordar que el salario integral pactado por las partes no muta de manera unilateral y menos aún con la presunta aquiescencia de la demandante, toda vez que la misma jamás fue notificada de dicho cambio de salario y fue hasta que esta tuvo conocimiento de los hechos que procedió con la solicitud de terminación del contrato basada en una justa causa; como bien lo señaló el señor Juez y es conocido en el contrato cuanta con una suma mínima integral la cual al ser variada unilateralmente por la parte demandada es ella quien debe asumir dicha carga y respetar el pago de acuerdo con lo señalado en el artículo 140 del C.S.T., de suerte que es el empleador quien determina el cambio de horario y no por ello podía modificar la remuneración en desmedro de los derechos de la trabajadora pese a que presuntamente exista un acuerdo tácito frente a la proporcionalidad de dicha remuneración, valga recordar que el contrato laboral es de libre disposición y no puede ser impuesto como se quiere hacer ver en este caso, al pretender que el simple cambio de horario requiere un diferente salario de la trabajadora. Frente al despido sin justa causa me permito señalar que la misiva se dio con ocasión al engaño sufrido por la trabajadora en razón al salario así mismo al cambio de horario y Colsubsidio era conocedor de las labores adicionales que la trabajadora llevaba y sin necesidad alguna se cambió a la jornada de la tarde en la que ya tenía otros compromisos laborales. Fueron situaciones que generaron el despido indirecto y que facultan a la trabajadora para dar por terminado el contrato de trabajo con el pago de la indemnización. Así mismo en cuanto al pagaré se suscribió para soportar los gastos de la trabajadora durante la licencia no remunerada y se hizo un contrato accesorio al contrato laboral que no debe ser tenido en cuenta. Omitió el Juzgado lo referente al pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo y si en gracia de discusión ese acuerdo fue realizado entre las partes y se tuviere la facultad de reintegrar, no se podía deducir de la liquidación pese a que el documento dice que la trabajadora tendrá que reintegrar pero no que Colsubsidio tiene la facultad de

Solicitó el apoderado de la demandante que se revoque la decisión de primera instancia al manifestar que el salario integral pactado por las partes no muta de manera unilateral y que no existió aquiescencia de la trabajadora respecto de dicho cambio salarial, cuando por el contrario fue esa una de sus razones para dar por termino el contrato por justa causa, así como por la decisión de la demandada de cambiar su horario de trabajo, hecho que perjudicó sus actividades laborales que tenía con otras entidades, situaciones que se configuran como despido indirecto y deben ser resarcidas con la indemnización pretendida. Se opuso a la decisión de ordenar la devolución de las sumas reconocidas como auxilio de estudio, así como a los descuentos efectuados por la demandada para ese fin y reiteró que a la actora se le deben pagar las prestaciones causadas con ocasión del vínculo laboral.

A su vez la parte demandada recurrió la decisión respecto de la suma que el Juzgado ordenó reintegrar por la actora a Colsubsidio al señalar que esa condena se debe efectuar por un monto de \$99'942.657 y no por el de \$91'334.581 que dispuso el Juzgado, así mismo pidió proferir condena por los intereses moratorios establecidos en los documentos que suscribió la trabajadora y en caso de no acceder a ello solicitó mantener la indexación que dispuso el a quo.

CONSIDERACIONES

retener por eso no existe razón para que la entidad no proceda con la indemnización del art. 65 relativa al no pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo.

Parte demandada

Me permito interponer recurso de apelación con el fin de que el Tribunal establezca que la suma que se debe reintegrar la señora Carolina, que no son \$91'334.581, sino \$99'942.657 adicionalmente debe tenerse en cuenta que tal como se acordó entre las partes adjunto al pagaré no fue el pago de la indexación sino el pago de intereses de mora más altos de acuerdo con la ley; y en caso de que no se acceda a esta solicitud se mantenga la indexación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala estudiará las circunstancias que rodearon la desvinculación de la demandante para establecer si procede o no la indemnización por despido indirecto, así como lo concerniente a la devolución de las sumas que le fueron otorgadas por su empleador como auxilio educativa, el monto de las mismas y de ser procedente ese reintegro si se deben pagar intereses moratorios.

No se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente desde el 8 de abril de 2009 hasta 17 de julio de 2014, el cual tuvo una suspensión entre el 7 de febrero de 2011 y el 30 de marzo de 2013, en razón a la licencia que tuvo la trabajadora para adelantar estudios en el exterior. (fls. 18-47 y 90-107)

En primer lugar se pronuncia la Sala respecto del salario devengado por la demandante, sobre lo cual se afirma en la demanda que fue pactada entre las partes una remuneración equivalente al salario integral, la cual sostiene que fue reducida de manera unilateral por la parte demandada, a su vez ésta manifestó que en efecto se pactó esa remuneración bajo la modalidad de salario integral el cual siempre fue pagado por la entidad a la trabajadora, para lo cual se estipuló en el contrato de trabajo un horario de 6 horas diarias de lunes a sábado y 5 días al mes con una jornada de 12 horas discontinuas e intermitentes que podían ser rotativas, el cual continuó siendo integral, pero en proporción a las horas laboradas al haberse con posterioridad reducido la jornada.

Sea lo primero señalar que el artículo 132 del C.S.T., modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, permite al trabajador y al empleador convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre que se respete el mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, ello significa que si dentro de un contrato de trabajo se llega a pactar cualquier modalidad que en la práctica afecte los principios obligatorios de la remuneración del servicio, ésta carecería de eficacia.

Ahora bien, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez salarios mínimos mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el trabajo nocturno, extraordinario o dominical o festivo, primas legales, extralegales, cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, lo cual corresponde a la noción de salario integral, el cual según la disposición normativa que lo consagra en ningún caso podrá ser inferior al monto de diez salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional que no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía, lo cual es acorde con lo señalado en el artículo 19 de la Ley 50 de 1990 que tipifica la protección del pago del salario mínimo legal en proporción al número de horas trabajadas para quienes laboren jornadas inferiores a las máximas legales; por lo que no hay razón para sostener que en el caso del salario integral mínimo en virtud del cual la jornada pactada sea inferior a la máxima legal, no pueda señalarse un salario integral proporcional a la jornada de trabajo, pues al efecto no existe disposición alguna que prohíba que quienes laboren la mitad de la jornada o tiempo inferior a la jornada máxima legal perciban el salario integral en proporción al que recibirían en caso de laborar la jornada completa, aún si se trata de salarios superiores al mínimo legal, toda vez que no existe norma que prohíba pactar el salario en proporción al número de horas laboradas, siempre que se respete el mínimo legal.

En este caso, resulta evidente que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes (fls. 90-93), se pactó la remuneración bajo la modalidad de salario integral, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 18 de la Ley 50 de 1990 a partir del 8 de abril de 2009 y en un monto inicial de \$7'429.300, el cual fue pagado de acuerdo con la jornada igualmente estipulada en el contrato "*de lunes a sábado 6 horas diarias y 5 días al mes labora en jornada de 12 horas, las cuales podrán ser en jornada nocturna, trabajando estas 12 horas de manera discontinua e intermitente*", en el cargo de Médico Pediatra en Servicios Asistenciales; no obstante, posteriormente fue reducido el número de

horas laboradas y su horario se estableció “*de lunes a sábado: 36 horas semanales*”, como se indica en el documento de fecha 1º de abril de 2013, en el cual igualmente se le informa a la trabajadora su traslado a Servicios Ambulatorios en el cargo de Médico Especialista Endocrinólogo (fl. 101-132) y se fijó el salario en la suma de \$7'114.000 a partir del 1º de junio de 2014. (fl. 131).

Acorde con lo señalado, se acredita que la entidad demandada pagó la remuneración en la proporcionalidad correspondiente a la nueva jornada laborada por la actora, lo cual resulta acorde con los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y equidad de una remuneración conforme con el tiempo laborado; debe precisar la Sala que en el plenario no obra documento alguno que permita establecer inconformidad de la demandante frente a su nueva jornada y remuneración, la cual solamente expresó en su carta de terminación del contrato de trabajo.

Es claro que la disposición contenida en el artículo 18 de la ley 50 de 1990, señala que la suma pactada como salario integral no puede ser inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, principio que no debe ser exigible ante la reducción de la jornada laboral, evento en el cual la remuneración será proporcional al tiempo trabajado y en esa misma medida se deberá fijar el salario integral, como al respecto se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias con radicados 32310 y 46858.

Con respecto a la deducción efectuada en la liquidación final del contrato de trabajo, en la suma de \$7'334.000, se acreditó en el juicio que correspondió al pago del auxilio de educación que le fue otorgado a la demandante, sin que pueda cuestionar la demandante el origen de la deuda que generó ese descuento, toda vez que quedó plenamente acreditado en el juicio que la entidad empleadora le concedió dicho auxilio educativo para que realizará estudios de especialización en Endocrinología Pediátrica el exterior y para ello la actora suscribió documentos en los que se estableció ese auxilio en un monto mensual de \$3'909.100 durante el tiempo de duración de la licencia que le fue concedida para realizar dichos

estudios con el compromiso de mantenerse vinculada con la entidad un tiempo mínimo de 5 años, contados a partir de la finalización de esa licencia que tuvo lugar entre el 14 de febrero de 2011 y el 30 de marzo de 2013, por lo que al haberse desvinculado a partir del 17 de julio de 2014, es claro que no cumplió lo pactado generándose la obligación de reintegrar esos valores otorgados en razón a la condición ya referida; además se acreditó que la trabajadora autorizó que se le hicieran las respectivas deducciones de sus cesantías. (fls. 98-112 y 125-143)

En consecuencia, resulta evidente que la trabajadora consintió esas deducciones en razón a lo que quedó expresado en los referidos documentos, sin que exista razón válida para posteriormente desconocer lo que fue producto de su voluntad, sin que se pueda pasar por alto, que en casos de deducciones cuando ha finalizado la relación laboral, no se requiere en rigor de autorización escrita de descuento, pues como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia: *“Las restricciones al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador. Pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador....”*. Por consiguiente, las normas prohibitivas de la compensación o deducción sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, porque una vez finalizado el vínculo frente a *“descuentos que de la liquidación de créditos del trabajador hiciere el empleador por deudas inexistentes o no exigibles”*, lo que acarrea como consecuencia es el no pago completo de salarios o prestaciones sociales, con la consecuente sanción por mora (Sentencias CSJ Laboral, 10 de septiembre de 2003 rad. 21057, 12 de noviembre de 2004 rad. 20857 y 12 de mayo de 2006 rad. 27278).

Frente a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, se tiene que al expediente fue incorporada la comunicación por medio de la cual la demandante manifestó darlo por finalizado, con los argumentos allí expuestos relacionados con incumplimientos de las obligaciones del empleador al reducirle el salario integral inicialmente pactado con la consecuente incidencia en sus cesantías y aportes a la seguridad social, igualmente argumentó que fue obligada a suscribir un pagaré para respaldar un auxilio otorgado y la variación en su jornada laboral. (fls. 96-97)

Al respecto es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T., así mismo que en reiteradas ocasiones la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha señalado que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato.

Frente al despido indirecto, que invoca el apoderado recurrente para reclamar la indemnización, se debe hacer una precisión conceptual, para lo cual el Despacho cita lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, así:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual (par. art. 7º decreto 2351 de 1965) y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”

“Es necesario establecer entonces en cada caso cuál fue el comportamiento de cada una de las partes al presentarse la terminación unilateral del contrato de trabajo, ya que las consecuencias que se derivan de tal tipo de

fenecimiento dependen de la conducta asumida por cada uno de los contratantes”.

“Así, cuando es el empleador quien manifiesta la decisión de terminar el vínculo laboral, manifestación que puede ser verbal, escrita o por hechos inequívocos, se tratará de un despido puro y simple que resultará justo o injusto según se alegan o no y, en el primer caso se demuestren debidamente las causas que lo motivaron. Y si tal decisión proviene del trabajador a causa de incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador, así debe hacerse saber a éste en el momento de darle término al contrato. Y si el trabajador demuestra ese incumplimiento podrá decirse que hubo un despido indirecto imputable al empleador”.

“De lo contrario, habrá una simple terminación del contrato por parte del trabajador, que le ocasionará las consecuencias previstas por la ley para ese obrar ilegítimo”. (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, sent. jul. 7/88, reiterada en los Radicados 13648 y 50891 SL14220-2017)

En esa medida, debe acreditar la parte contractual que fenece el contrato por iniciativa unilateral *–en caso de autos la trabajadora–*, en primera medida, el cumplimiento de las obligaciones del parágrafo único del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que obliga, en el momento de la extinción, a expresar la causa o motivo de la ruptura, para que la parte que termina unilateralmente el vínculo contractual no pueda sorprender posteriormente a la otra alegando motivos extraños que no adujo o distintos de los que manifestó como justificativos de la terminación. El incumplimiento de esta obligación, bien sea por omisión total o manifestación extemporánea, o de invocación de una causa distinta a la alegada inicialmente, le quita toda validez a esos motivos y hace que la terminación del contrato corresponde a una simple renuncia, que no da lugar a beneficiarse con la indemnización.

De acuerdo con lo probado en el juicio y teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales antes citados, se tiene que la demandante no logró demostrar la existencia de un despido indirecto, al quedar por el contrario acreditado que las situaciones esgrimidas como justas causas para dar por terminado el contrato solo obedecieron a su voluntad y al consenso que tuvo con su empleador frente a tales aspectos, sin que se le establezca en el juicio alguna situación que se pueda atribuir a la entidad demandada como incumplimiento alguno que la obligara a adoptar esa decisión; por lo tanto, se confirmará la decisión absolutoria que al respecto adoptó el Juzgado.

Con respecto a la condena impuesta por el Juzgado a la trabajadora demandante en su condición de reconvenida, por concepto de reintegro de los dineros que le fueron otorgados como auxilio educativo, se debe reiterar lo señalado en esta sentencia y como quedó demostrado en el expediente ese hecho de haber recibido tales dineros, así como su decisión de obligarse a devolverlos en caso de no cumplir la condición de permanencia del vínculo laboral por 5 años, no puede haber diferente decisión a la adoptada por el a quo, en tanto esas situaciones se demostraron con fuerza de plena prueba.

Ahora bien, respecto del monto a que se debe contraer la referida condena, la parte demandada argumenta que debe ser superior a la impuesta en la sentencia recurrida al fijarla en \$91'334.581; para establecer dicha suma se debe tener en cuenta que quedó acreditado que la suma mensualmente percibida por la trabajadora correspondió a \$3'909.100, como se determinó a partir de los documentos ya reseñados en esta sentencia, así mismo se estableció que la referida licencia y en consecuencia dichos montos fueron recibidos desde el 14 de febrero de 2011 y hasta el 30 de marzo de 2013, de donde la simple operación aritmética arroja un valor de \$98'668.581 del que debe deducirse lo ya descontado por la demandada de la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 98) en cuantía de \$7'334.000, lo que arroja la suma de \$91'334.581 por la cual se profirió la condena, de donde no existe razón alguna para acoger el argumento de la parte demandada expresado en su recurso al reclamar la condena en un monto superior, sin que tampoco se pueda proferir la condena por concepto de intereses moratorios sobre esa suma, toda vez que en la demanda de reconvención no se relacionó esa pretensión, por lo cual se confirmará la sentencia en cuanto ordenó el pago en forma indexada de la suma ya indicada.

Por las anteriores razones, se confirmará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de mayo de 2019, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados


LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
SALVA VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

44946 4FEB21 PM 4:01

2/3

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RAFAEL EDUARDO MURCIA RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 007 2018 00469 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la compañía PORVENIR S.A.. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y efectuar la devolución a esta entidad de los aportes pensionales, así como el pago de las costas procesales. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 09 de enero de 1955, que efectuó cotizaciones al ISS desde el 4 de agosto de 1979 al 31 de octubre de 1996, un total de 363 semanas cotizadas; que el 24 de septiembre de 1996, firmó formulario de afiliación a PORVENIR S.A. sin que dicha entidad le

suministrara información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la firma en que el mismo impactaría en su mesada pensional. Informó que presentó reclamación ante las convocadas a juicio, con la finalidad de obtener el retorno al régimen de Prima Media, pero que el mismo fue denegado.

Como fundamento normativo, citó el literal b) del artículo 11 y los artículos 13 y 97 de la Ley 100 de 1993, artículo 48 y 335 de la Constitución Política, Decreto 656 de 1994, artículo 60 y artículo 60 y 48 de la Ley 1328 de 2009. Así como la sentencia con radicado 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 68 a 64 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el actor no acreditó la densidad de semanas enunciadas en la sentencia SU 130 de 2013, para retornar al Régimen de Prima Media. Así mismo indicó que la afiliación realizada por el demandante a PROVENIR, se encuentra vigente y goza de plena validez. Propuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, inexistencia de intereses moratorios e indexación y prescripción.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, dio contestación mediante el escrito que obra a folios 99-107, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y enunciando que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandada, buena fe e innominada o genérica.

La Procuraduría Delegada para los asuntos civiles y laborales, se pronunció frente al tema debatido, enunciando que le corresponde al juez

con base a las pruebas aportadas determinar si la AFP PORVENIR S.A., le impartió al demandante una asesoría verdadera, completa, oportuna, eficaz y profesional respecto de las consecuencias del cambio de régimen pensional. Propuso la excepción de inexistencia de la obligación, prescripción, genérica o innominada (folio 85 a 90).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de febrero de 2020, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado realizado por el señor RAFAEL EDUARDO MURCIA RODRIGUEZ, con el fondo PORVENIR S.A. el 24 de septiembre de 1996, contenida en formulario n.º847060.

SEGUNDO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que son titulares los demandantes, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al as señoras LUZ MERY RABELLY RODRIGUEZ, NUBIA HELENA MANQUILLO y el señor RAFAEL EDUARDO MURCIA RODRIGUEZ, desde su afiliación inicial al ISS.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda a aceptar el traslado de la señora LUZ MERY RABELLY RODRIGUEZ, junto con el saldo de la cuenta de ahorro y una vez hecho esto, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, conforme los lineamientos de la Ley 71 de 1988. La pensión deberá ser reconocida a partir de que la señora demandante acredite su desafiliación al sistema y haga la solicitud pensional ante COLPENSIONES.

QUINTO: SE DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor de los demandantes. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 smlmv al momento de pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SEPTIMO: REMITASE EN CONSULTA.

El A-quo argumento que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, tendiente a demostrar que le brindaron al demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

Señaló en síntesis que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, además considera que el documento al tener el carácter de público, se presume autentico. Por otra parte argumento, que la información suministrada al demandante, fue clara, completa, comprensible y sujeta a los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993. Aduce que la doble asesoría, el buen consejo, las proyecciones y simulaciones, fueron deberes creados para los años 2010 y 2014, pues para la fecha de vinculación del actor, tan solo se requería el formulario de afiliación. Expreso por otra parte que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, determina que no es posible el rechazo de ningún afiliado, que no informo sobre el derecho que tenía los afiliados a retornar al RPM, al considerar que fue una obligación creada por la Ley 797 de 2003. Finalmente afirmó que no había lugar a trasladar los rendimientos, como quiera que ellos surgieron como consecuencia de la buena administración del Fondo, y al regresar las cosas a su estado inicial, no había lugar a los mismos.

V. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Adujo que el traslado que efectuó el actor al RAIS, fue libre, voluntaria y espontánea. Enunció que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1452 de 2019, ha precisado que si bien es deber de las administradoras

impartir la información correspondiente, también lo es, que el afiliado está obligado a conocer sus obligaciones y consecuencias de sus decisiones. Así mismo precisó que el demandante para la fecha de traslado no tenía una expectativa legítima y que de acceder a las pretensiones de la demanda, se estaría descapitalizando el fondo común.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el

alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente - Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó: Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y

siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que del formulario de afiliación obrante a folio 73, se corrobora que el demandante se vinculó al RAIS administrado a través de la sociedad HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR, el 24 de septiembre de 1996.

El señor RAFAEL EDUARDO MURCIA RODRIGUEZ, al absolver el interrogatorio de parte, manifestó: *“que esto iba hacer mucho mejor, al ser una entidad no del Estado, era mucho más responsable, es lo que yo recuerdo, y que íbamos a tener una pensión espectacular, y lo que uno descubre es que en el fondo de pensiones, lo que hace uno es una inversión, y nadie nos indicó que era una inversión. Ahora yo de arquitectos de inversiones no sé nada, entonces lo que hace uno es creer que si uno pone plata y la maneja un banco con toda la responsabilidad pues iba hacer mucho mejor que una entidad del Estado.”*

Por otra parte, el representante de PORVENIR S.A. indicó en el interrogatorio de parte: *“no existen prueba, ni siquiera la hoja de vida de Horizonte de la asesora Claudia, toda vez que para ese momento pues PORVENIR y HORIZONTE, eran entidades distintas”*

Igualmente en el escrito de contestación PORVENIR S.A. manifestó: *“Es claro para la ley y para la jurisprudencia que en el caso específico de obtener la declaratoria de nulidad del acto jurídico de afiliación a una administradora de pensiones, se requiere demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente caso, no se dan dichos presupuestos en medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS”*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente, PORVENIR S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una asesoría o información acerca del régimen pensional al cual se iba a vincular, empero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

Ahora, en relación con el tema de los rendimientos financieros, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

“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 ésta 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.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 24 de septiembre de 1996, por lo que esta entidad deberá trasladar a la primera de las mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de febrero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



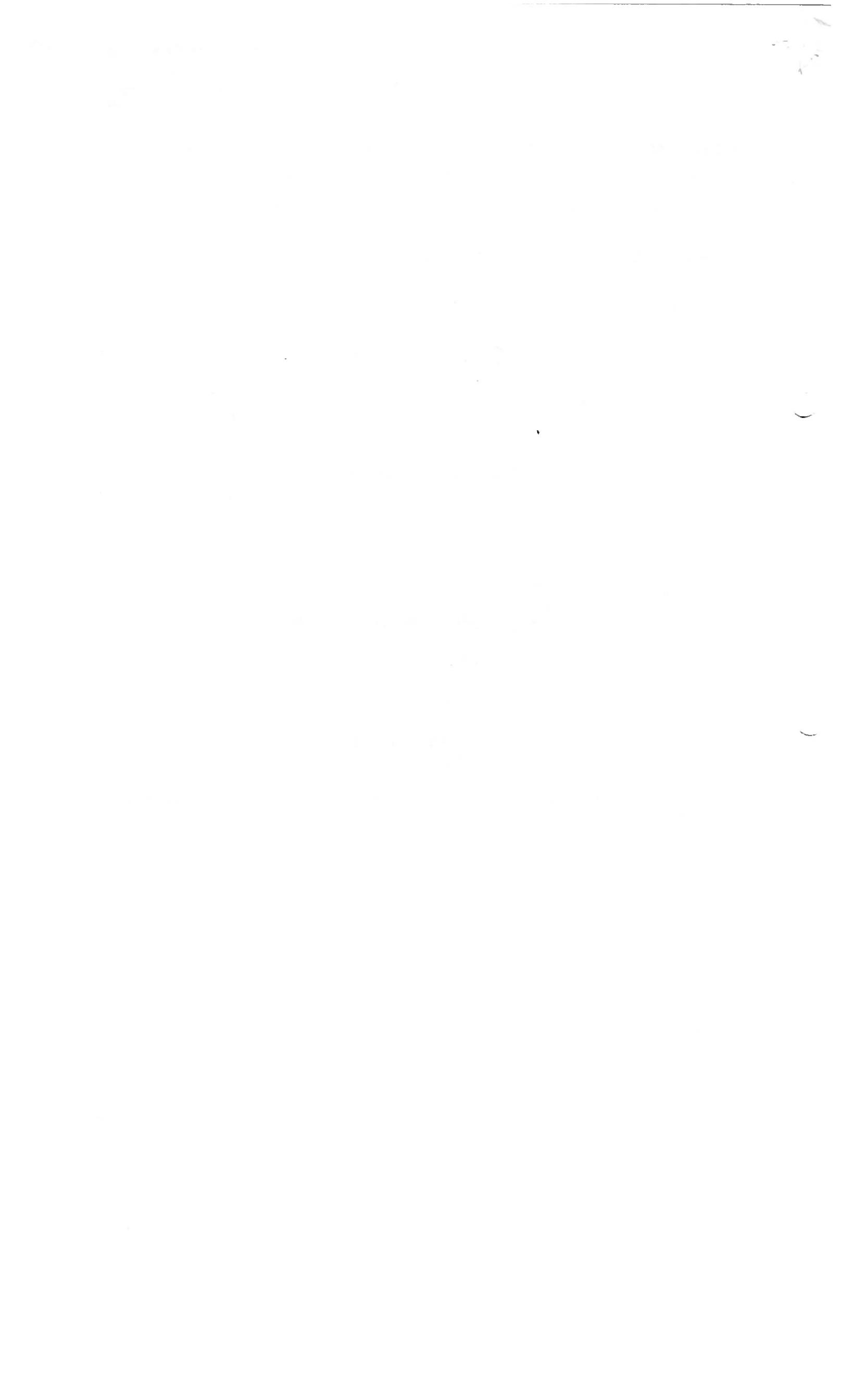
LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
ACLARA VOTO

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 007-2018-00469-01, promovido por Rafael Eduardo Murcia Rodríguez contra Colpensiones y otros.





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

100 SECRET 3. LABORAL

45445 FEB 21 PM 4:30

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR CARLOS FERNANDO SIERRA ARDILA contra
COOPERATIVA DE SUBOFICIALES NAVALES COOSONAV.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 026 2017 00130 -01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de septiembre de 2019.

Por otra parte, se advierte que el apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia al manifestar que fue proferida de conformidad con las pruebas que se recaudaron en el juicio por quedar demostrado que no existen obligaciones a cargo de la entidad cooperativa y en favor del actor.

A su vez la apoderada del demandante en sus alegaciones se refirió a las pruebas practicadas y de manera concreta las referentes a la forma en que se produjo la desvinculación laboral para reiterar que en su criterio al estar probada la existencia del contrato de trabajo durante todo el tiempo en que se desarrolló la relación contractual entre las partes, esa terminación del contrato correspondió a un despido sin justa causa sin que se encuentre demostrado que obedeció al incumplimiento en el

ejercicio de funciones, sino por el contrario tuvo lugar por cumplir con la legislación del cooperativismo al dar a conocer los hurtos sucesivos que realizaban algunos empleados en complicidad con varios directivos. Sostuvo que para el despido no se tuvo en cuenta el debido proceso, ni se le garantizó el derecho de defensa por lo cual solicita se revoque la sentencia en cuanto absolvió de la indemnización por despido para en su lugar imponer esa condena. Allegó nuevos documentos que solicita sean tenidos como prueba al momento de decidir la apelación.

I. ANTECEDENTES

CARLOS FERNANDO SIERRA MOLINA, actuando por medio de apoderada judicial solicitó declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, así mismo que la desvinculación se dispuso por decisión unilateral e injusta de la demandada, la cual carece de efecto; pretendió el pago de la reliquidación de cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes a la seguridad social por el tiempo realmente laborado; que se ordene el reintegro al cargo que desempeñaba con el pago de salarios, prestaciones, vacaciones y aportes a seguridad social, las cesantías causadas, la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación de los valores susceptibles de actualización.

Como fundamentos fácticos manifestó que la vinculación estuvo regida durante toda su vigencia por un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1° de agosto de 2011, fecha en que formalmente se suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales de manejo y confianza para desempeñar el cargo de Tesorero, actividad que dice fue ejercida bajo continuada subordinación y dependencia de la enjuiciada. Informó que el 1° de diciembre de 2011 las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, para ejercer las mismas funciones y cargo, el 12 de julio de 2012 se modificó la forma de vinculación para quedar a término indefinido en el cargo de Jefe del Departamento Administrativo y de Control Interno, a partir del 1° de julio de 2013 fue nombrado como Representante Legal de la Cooperativa. Narró que el 15 de mayo de 2015 presentó una queja por acoso laboral y el 19 de marzo de 2015 renunció mediante carta motivada en dicho acoso, pero

no fue aceptada y el 26 de mayo de 2015 la empleadora demandada terminó el vínculo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada dio contestación, por medio de apoderado con el escrito que obra a folios 118 a 162, en el cual aceptó la existencia del vínculo entre las partes, de manera inicial mediante contrato de prestación de servicios profesionales del 1° al 30 de agosto de 2011, pero no para la función de Tesorero, sino para realizar actividades de auditoría externa en el área de Tesorería porque el referido cargo lo desempeñaba otra persona; informó que a partir del 1° de diciembre de 2011 fue vinculado con contrato de trabajo a término fijo y desde el 1° de agosto de 2012 se pactó contrato indefinido y su terminación el 26 de mayo de 2015, obedeció a justas causas previo a la realización de diligencia de descargos, siendo canceladas al actor todas las acreencias laborales. Se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso las de prescripción, caducidad de la acción de reintegro por acoso laboral, inexistencia de fuero de estabilidad laboral, inexistencia de acoso laboral, terminación del contrato de trabajo con justa causa, inexistencia de relación laboral entre el 1° de agosto y el 30 de noviembre de 2011, temeridad y mala fe, pago, cumplimiento de las obligaciones obrero patronales, acoso laboral del actor frente a otra trabajadora y buena fe del empleador.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 20 de septiembre de 2019, resolvió: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor CARLOS FERNANDO SIERRA ARDILA y la COOPERATIVA DE SUBOFICIALES NAVALES COOSONAV existió una relación laboral vigente desde el 1° de diciembre de 2012 y el 26 de mayo de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

TERCERO: ABSOLVER a la COOPERATIVA DE SUBOFICIALES NAVALES COOSONAV de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS FERNANDO SIERRA ARDILA.

CUARTO: CONDENAR en costas al demandante FÍJANDOSE como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia REMITASE en grado jurisdiccional de consulta.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Como fundamento del recurso de apelación sostuvo la apoderada del demandante que a pesar de haberse demostrado que el Consejo de Administración de la Cooperativa demandada dio un mandato para que fuera cumplido por el actor, éste no lo hizo al considerar que estaba por fuera de la ley y que en sus alegatos de conclusión expuso una a una las razones que tuvo para tal proceder, por lo cual aduce que el despido resulta ilegal e injusto, lo cual a su juicio da lugar a la indemnización pretendida. Igualmente sostuvo que quedó acreditada documentalmente la existencia del vínculo laboral durante todo el tiempo de vigencia de la relación entre las partes y en ese sentido se deben proferir las condenas reclamadas.”¹.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala examinará, en primer lugar, si se acreditó la existencia del vínculo laboral de acuerdo con los extremos temporales señalados en la demanda; igualmente se deberá determinar la forma en que tuvo lugar la desvinculación del demandante para establecer la procedencia de la indemnización por despido pretendida.

¹ RECURSO PARTE DEMANDANTE

“Interpongo recurso de apelación para que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones, teniendo en cuenta que si bien dentro del material probatorio cuando se revisa uno puede ver que el Consejo de Administración dio un mandato para que el Gerente lo cumpliera, pero al hilar un poco más fino, las causales y los fundamentos jurídicos en los que se basa mi mandante para su no cumplimiento, tan es así que es imposible que un Gerente pueda acatar órdenes que están por fuera de la ley; honorables Magistrados ruego a fin de no extenderme tanto sea escuchado el acápite de mis alegatos que sustenté a fin de que sean tenidas en cuenta como razones, donde ahí se detalla específicamente una por una las casuales que alega Coosonav y también su justifican una por una las razones para el no cumplimiento y cual fue el actuar de mi mandante a fin de que se establezca que efectivamente si cumplió lo establecido conforme a la ley y su actuar siempre fue de buena fe. Solicito igualmente que las cotizaciones a pensión deben ser igualmente modificadas de acuerdo con los argumentos expuestos dentro de mis alegatos; también pido a los Magistrados se revise y se declare la unidad del vínculo contractual desde el 1º de agosto de 2011 hasta el 26 de mayo de 2015, toda vez que existen varios contratos que obran en el expediente y se debe hacer un análisis más profundo, por lo cual se debe aplicar la presunción del art. 24 del C.S.T., aunque muchos de los testigos no se encontraban desde el 2011 para probar que funciones cumplía él y eso lo determinan los documentos que obran en el proceso y por eso no se deben tener en cuenta. Reitero que se escuchen mis alegatos como sustento de mi recurso de apelación.”

Sostuvo la parte demandante en su demanda que desde el inicio la relación que existió entre las partes fue de carácter laboral, esto es desde el 1º de agosto de 2011, a su vez la parte demandada al dar contestación negó tal hecho al manifestar que el actor estuvo inicialmente vinculado mediante contrato de prestación de servicios y que hasta el 1º de diciembre de 2011 fue vinculado con contrato de trabajo.

Para resolver lo pertinente, se tiene que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 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 de la referida norma, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990 agrega que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste 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 y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24 subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2º, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto que, si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Debe precisar la Sala que los documentos allegados por la apoderada del demandante con su alegato presentado en esta instancia, no pueden ser considerados con los fines probatorios que solicita toda vez que no fueron aportados en la oportunidad legalmente prevista para ello.

Como parte de las pruebas documentales fue allegado al plenario el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 1º de agosto de 2011, mediante el cual fue vinculado el actor, inicialmente por 30 días para realizar actividades relacionadas con una auditoría externa, posteriormente fue prorrogado dicho contrato hasta el 30 de noviembre de 2011. Entre el 1º y el 30 de diciembre de 2011 fue vinculado con contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de Tesorero, el cual fue prorrogado por seis meses desde el 2 de enero hasta el 30 de julio de 2012; a partir del 1º de agosto de 2012 fue vinculado con contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Jefe del Departamento Administrativo y de Control Interno. (fls. 9 a 101 y 163 a 701).

Se recibió interrogatorio de parte al representante legal de la entidad cooperativa demandada, quien dijo no ser cierto que desde el 1º de agosto de 2011 hubiera sido vinculado el actor con contrato de trabajo, porque eso solo ocurrió hasta el 1º de diciembre de 2011; sostuvo que inicialmente fue vinculado con contrato de prestación de servicios para realizar actividades relacionadas con la Tesorería de la entidad, el cual estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2011, sin que durante ese lapso hubiera tenido subordinación, ni le era impuesto un horario de trabajo en razón a que se acordó que las actividades las podía desarrollar dentro del horario en que se atendía en la Cooperativa, pero podía ejercer esas actividades por fuera de las instalaciones.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante sostuvo que desde el 1º de agosto de 2011 su vinculación no tuvo solución de continuidad y que fue vinculado para ejercer el cargo de tesorero de la entidad, hizo referencia a los diferentes contratos que suscribió con la demandada, así como los cargos desempeñados.

Se recibieron las declaraciones decretadas a favor de cada una de las partes, es así como declaró MARÍA MERCEDES ZAMBRADO CORREA, testimonio que fue recaudado mediante juez comisionado; dijo la testigo ser de profesión Contadora Pública y haber ejercido las funciones de revisoría fiscal para la entidad demandada desde el año 2012 y durante 6 años hasta el 31 de noviembre de 2018; dijo conocer al demandante desde el año 2012 cuando desempeñaba el cargo de Tesorero y relacionó los cargos que tuvo posteriormente.

El deponente JAVIER QUINTERO LOAIZA, dijo conocer al actor desde el año de 1978 en Leticia, cuando los dos pertenecían a la Armada, posteriormente el testigo se vinculó a la Cooperativa demandada y sostuvo que el actor *“antes de ser Tesorero, fue contrato para hacer una auditoría interna”*, para ser posteriormente vinculado como Tesorero, cuando fue excluida de la Cooperativa la persona que ejercía ese cargo, y posteriormente ejerció otros cargos que relacionó en su declaración; al ser interrogado sobre la forma de vinculación, dijo: *“yo supongo que tuvo contratos de trabajo, o tal vez de servicios, no sé”*.

Al declarar HERNANDO FAJARDO TOQUICA, igualmente dijo haber conocido al actor en la Armada y posteriormente en la Cooperativa a la cual estuvo vinculado por casi 40 años, hasta el 5 de septiembre de 2014; informó que el demandante fue vinculado desde el año 2011, *“muy poquito tiempo, no recuerdo en que mes”*, luego fue nombrado como Tesorero, *“cuando fue Tesorero cumplía horario, como un empleado normal”*; al ser interrogado el testigo sobre su vinculación a la cooperativa en el año 2011, dijo haber sido miembro del Comité de Ayudas, en el cual se hacía una reunión mensual en las instalaciones de la entidad a la que él concurría. Manifestó que *“en el año 2011 la Tesorera fue SONIA DELGADO y luego la reemplazó el señor SIERRA.”*

Los testigos MARÍA CRISTINA MOLINA AMAYA y LUIS ANTONIO HERRERA MEDELLIN, dijeron haber conocido al actor en el año 2012, laborando en la Cooperativa.

Verificados los anteriores medios de prueba, debe reiterar la Sala que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que lejos de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica; entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual. En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado, ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

No obstante, del análisis en conjunto de las pruebas antes reseñadas, resulta evidente que el demandante prestó sus servicios para la Cooperativa demandada en la forma antes descrita, esto es con la realización de varias actividades, en forma inicial desde el 1º de agosto de 2011 y hasta el 30 de noviembre de 2011, mediante contrato de prestación de servicios profesionales para ejercer actividades relacionadas con auditoría de la entidad, sin que durante ese lapso se hubiera acreditado la existencia del vínculo laboral deprecado en la demanda, toda vez que ninguno de los medios de prueba permite establecer que existió contrato de trabajo en ese periodo, más aun cuando se afirma en la demanda que para ese lapso ejerció el cargo de Tesorero, cuando se evidenció que para esas fechas dicho cargo lo ejercía Sonia Delgado, por lo cual quedó demostrado que la vinculación inicial del demandante, desde el 1º de agosto y hasta el 30 de noviembre de 2011, tuvo lugar mediante prestación de servicios profesionales para ejercer actividades relacionadas con la auditoría que en ese momento requería la

entidad demandada y que solamente a partir del 1° de diciembre de 2012, fue que tuvo vigencia el vínculo de carácter laboral entre las partes, como con razón se concluyó en la sentencia recurrida. En consecuencia, se confirmará en este punto lo resuelto en la primera instancia.

Defino lo anterior, la Sala estudiará si el contrato de trabajo del actor terminó por justa causa, así como las circunstancias que rodearon esa desvinculación para establecer si procede o no la indemnización por despido.

De acuerdo con la prueba documental, ya reseñada en esta sentencia, se encuentra demostrado que la terminación del vínculo laboral obedeció a la decisión unilateral de la entidad demandada, con fundamento en las razones expresadas en la comunicación "N°129 -CA-Mayo/2015", mediante la cual se le informó al trabajador su desvinculación a partir del 26 de mayo de 2015.

Es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse

dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación y por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esta determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

Ahora bien, en punto a la terminación del vínculo laboral del actor, la entidad demandada le manifestó que esa decisión se adoptó con fundamento en justa causa, por haber incurrido en incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo e ir en contravía de los postulados contenidos en los Estatutos de la Cooperativa, así como en el reglamento interno de trabajo, al negarse de manera sistemática a ejercer las funciones propias de su cargo, conductas de irrespeto e insubordinación frente a sus superiores, negarse a aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con su trabajo, situaciones que se concretaron en:

- No esperar la aceptación de la renuncia presentada y ausentarse del puesto de trabajo sin justificación al no presentarse a laborar después de culminar el periodo de vacaciones, el 19 de mayo de

2015, y negarse sin justificación alguna a la citación para audiencia de descargos.

- Ejercer actividades encontrándose en periodo de vacaciones, al interponer de manera inconsulta y arbitraria recurso de reposición contra el acto administrativo de registro N° 00020132 expedido por la Cámara de Comercio, mediante el cual se dispuso la inscripción de los Consejeros elegidos mediante Acta de Asamblea de Asociados N° 062 del 14 de agosto de 2014, para solicitar que se revocara esa decisión *“instando de esta forma a la Cámara de Comercio de Bogotá a cometer fraude procesal al querer que se desconociera dicha resolución, esgrimiendo de manera infundada presuntas conductas sobre algunos consejeros elegidos.”*
- No asistir a la audiencia convocada por el Ministerio de Trabajo en razón de la denuncia promovida en contra del actor por la trabajadora MARÍA CRISTINA MOLINA MAYA.
- Incumplimiento de los mandatos N°s 035, 049, 054/2014 y 011 y 102/2015 del Consejo de Administración, los que le fueron ratificados en reunión extraordinaria del 6 de abril de 2015.
- Ante el incumplimiento e insubordinación en la negativa a cumplir esos mandatos, el 31 de marzo de 2015 le fueron ratificados, incluido el de ubicar nuevamente en su puesto de trabajo a MARÍA CRISTINA MOLINA AMAYA, a lo cual una vez más se negó a ejecutar.
- Suscribir contrato de asesoría con la empresa Legal Segura S.A.S., sin haber sido autorizado por el Consejo de Administración y a pesar de serle informado que no se reconocía esa contratación, por no cumplir los requisitos de la convocatoria N° 2073 del 1° de diciembre de 2014 y negarse a darlo por terminado a pesar de haberle sido impartida esa orden.
- Negarse a ejecutar el mandato N° 054 de diciembre de 2014, mediante el cual se designó al asociado ALFONSO ROJAS PALMA como Asesor Jurídico de la entidad, por el término de un año.
- Negarse a notificarse de la Resolución N° 81430 del 24 de diciembre de 2014, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio y solo hacerlo hasta el 31 de marzo de 2015, *“a sabiendas que la Cooperativa dependía de la decisión administrativa de la SIC para*

registrar y tener en ejercicio al Consejo de Administración elegido en la Asamblea del 14 de agosto de 2014 y poder actuar ante terceros.”

- Negarse a dar cumplimiento a la parte resolutive de la Resolución N° 81430 del 24 de diciembre de 2014, en perjuicio de la entidad de la cual era su representante legal.
- Violar flagrantemente y de forma inexplicable sus obligaciones inherentes al oficio para el cual fue contratado, ocasionando inconvenientes gravosos a la Cooperativa, al negarse con extralimitación de funciones a ejecutar la contratación de ADAN CASTILLO HERNANDEZ como subgerente de la cooperativa.
- Negarse el 30 de marzo de 2015, mediante oficio N° 478 a autorizar los viáticos, pasajes y emolumentos a los administradores de Cartagena, Barranquilla y Coveñas, extralimitando sus funciones como subalterno del Consejo de Administración, el cual en ningún momento lo autorizó para ello.
- Remitir comunicación del 26 de marzo de 2015 a la Cámara de Comercio, en la que manifiesta que ALFONSO ROJAS PALMA no labora en la cooperativa y no puede solicitar información alguna de la entidad a pesar de habersele dado claras instrucciones para que le otorgara poder para actuar como asesor jurídico de la Cooperativa.
- No asistir a la audiencia obligatoria convocada para el 8 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena dentro del proceso ordinario laboral promovido contra la Cooperativa, *“lo cual ocasionó que dentro del fallo condenatorio a Coosonav, se dieran por ciertos los hechos de la demanda interpuestos por el señor MANUEL SANCHEZ, condenándose a Coosonav al pago de la suma de \$14'531.000, más las costas procesales en la suma del 20% sobre el valor de la condena.”*

Sobre este punto del litigio el actor al absolver interrogatorio de parte expuso que no acató algunos mandatos de la Junta de Administración y que ello se debió a que el cumplimiento de sus funciones se dio de acuerdo con la ley, porque se emitieron una serie de mandatos que a su juicio eran contrarios a la ley y violaban los estatutos de la entidad; aceptó haber

contratado una asesoría jurídica sin estar autorizado para ello debido a la negligencia que existía en la que estaba contratada y por eso “se seleccionó una empresa porque salía más económica y tenía representación en la Costa Atlántica y eso evitaría el sobre costo de tener que pagarle a Alfonso Reyes Palma dos millones de pesos y el 10% de cartera morosa, y además los viáticos para él y para su socio y a la otra persona se le pagaría únicamente \$1'300.000”; al ser interrogado por la situación de la trabajadora María Cristina Molina a quien el actor no le permitió ejercer su cargo cuando regresó ella de vacaciones dijo “el problema de Cristina fue que a ella la ingresó el anterior Gerente sin contar con los requisitos para desarrollar el cargo de Tesorera, por eso cuando asumí el cargo de Representante Legal le di instrucciones para evitar situaciones de pérdida de dinero y se le pidió que informara a diario sobre su actividad y al no hacerlo fue llamada a descargos y se le dio por terminado el contrato de trabajo, y el Consejo la dejó seguir trabajando a pesar de que se perjudicaba la entidad”; cuando se le preguntó si le había impedido el ingreso a su lugar de trabajo a la mencionada trabajadora contestó: “Si por que ella ya estaba despedida”. Se le interrogó si durante el tiempo en que el actor estuvo de vacaciones ejerció actividades a pesar de tener designado remplazo contestó. “Yo radiqué la violación de los artículos relacionados con los asociados y delegados que no cumplían requisitos”, la apoderada le indagó si sabía que como representante legal durante su periodo de vacaciones había sido nombrado el señor Adán Castillo, contestó: “Si, pero yo tuve funciones.”

El testigo JAVIER QUINTERO LOAIZA, al ser interrogado sobre el referido aspecto dijo haber conocido la situación “era bombo ese comentario en los pasillos”, y refiriéndose al actor dijo “él me contó varias situaciones y no creo que él me haya dicho mentiras”, se le preguntó si el Gerente o el Representante legal podía desatender las órdenes del Consejo de Administración y contestó: “Lógicamente que no, yo se que el Consejo es el jefe del Gerente”.

MARÍA MERCEDES ZAMBRANO CORREA, quien se desempeñó como revisora fiscal de la entidad demandada entre los años 2012 y 2018, informó que el demandante en su condición de Gerente y Representante Legal de la entidad demandada quiso impedir la designación de algunos delegados del Consejo de Administración a pesar de tener conocimiento de la existencia de la circular jurídica que comunicaba esa elección y no acató esa orden, negándose a inscribir esa elección ante la Cámara de Comercio, para lo cual adujo conceptos personales respecto de los designados sin tener en cuenta que al ser elegidos, era claro que ya se habían agotado todos los filtros para la elección, sin que fuera función del señor Sierra intervenir al respecto porque ya el Órgano Superior dentro del organigrama de la entidad había adoptado la decisión de elegirlos, y eso había sido aprobado por la Junta de Vigilancia. Manifestó que como consecuencia de esa omisión del demandante la Cooperativa no podía actuar ante terceros, no se podían suscribir contratos, ni realizar las operaciones mínimas de su objeto social, *“él quiso coartar las facultades y actuaciones que debía ejercer la Cooperativa y la dejó en un limbo, simplemente porque el señor Sierra no estaba de acuerdo con quienes habían sido elegidos”*; por lo cual transcurrió un año sin que el Gerente cumpliera esa orden lo cual dio lugar a investigaciones por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria. La deponente se refirió a un oficio dirigido por ella al Consejo de Administración en el que como Revisora Fiscal comunicaba su necesidad de efectuar auditoría de cumplimiento, de acuerdo con la ley por situaciones ocurridas en la Tesorería, así como lo relacionado con la terminación de un contrato de trabajo para lo cual se requería llamar a descargos al trabajador Toribio Morales por la presunta falsificación de documentos para disponer indebidamente de dineros para una celebración de cumpleaños, sin que por esa intervención del demandante se hubiera podido concretar esa actividad; igualmente narró que el señor Adán Castillo fue elegido como Subgerente de la entidad, sin que el demandante en calidad de Gerente le hubiera permitido tomar posesión y ejercer sus funciones, contrariando lo ordenado por el Consejo de Administración; por ello la cooperativa quedó en una situación que no solo afectó su buen nombre, sino la actividad general de la entidad. Esa inscripción que omitió el demandante debió ser efectuada un año después por un delegado de la Asamblea, de

acuerdo con la autorización dada por la Cámara de Comercio. Así mismo señaló la declarante que el actor ordenó a sus subalternos no efectuar los pagos correspondientes a unos empleados que debían trasladarse a la costa atlántica para cumplir sus funciones, con lo cual se generaron traumatismos; se refirió a una situación de acoso laboral que el actor ejerció contra la trabajadora María Cristina Molina Amaya al impedirle ejercer su cargo, sin existir ninguna orden de la entidad al respecto y aunque se le indicó que no podía incurrir en tal proceder el señor Sierra la aportó de sus funciones y de manera inconsulta nombró a otra persona en su lugar, lo cual generó una queja ante el Ministerio de Trabajo que debió ser atendida por otro funcionario al negarse a acudir el actor. Dijo que entre otros esos fueron los motivos que dieron lugar a la terminación del contrato del actor al incurrir en una insubordinación total frente a sus superiores y no permitir la operación de una entidad cooperativa *“y dejando maniatada a la Cooperativa, sin ninguna razón”*, siendo conocedor de los estatutos de la entidad en los que claramente se determina que su superior es el Consejo de Administración y que las decisiones que éste adopta deben ser acatadas.

MARÍA CRISTINA MOLINA AMAYA, informó que en su calidad de Tesorera fue objeto de conductas de acoso laboral por parte del demandante, quien como jefe al regresar de su periodo de vacaciones la separó de su cargo sin manifestarle la razón, luego la cito a rendir descargos sin darle a conocer las razones para ello; informó que *“el me apartó de mis funciones de tesorera y me puso a hacer unos inventarios en un puestico por ahí; en marzo me pasó la carta en que me decía que mi contrato terminaba por no cumplir mis funciones, yo le pasé un escrito en el que le solicitaba me informara las razones de su decisión y nunca me contestó, me dirigí al Consejo de Administración y ellos me atendieron y me dijeron que no estaban de acuerdo con esa decisión, no obstante el señor Sierra se mantuvo en su decisión y me decía que era yo la que había renunciado, cuando yo no había pasado ninguna carta en ese sentido. En los descargos me preguntaba por supuestos errores que habían ocurrido 2 y 3 años atrás. Acudí al Ministerio de Trabajo y asistió una persona del Consejo de*

Administración con la que se acordó mi reintegro a mi lugar de trabajo; yo siempre cumplí mis funciones y las órdenes que el señor Sierra me daba.”

En la declaración dada por LUIS ANTONIO HERRERA MEDELLÍN, dijo haber hecho parte del Consejo de Administración durante los años 2012 a 2016, e informó que el actor salió a vacaciones en abril de 2015 y debía regresar en mayo de ese año, pero no lo hizo y pasó una carta de renuncia, pero el Consejo lo citó a descargos y al no comparecer se tomó la decisión de dar por terminado su contrato por hechos que venían ocurriendo durante los últimos 6 meses, cuando el comenzó a incumplir las órdenes y acuerdos que expedía el Consejo, y él como Gerente tenía un jefe directo que era el Consejo de Administración y debía cumplir todas las órdenes de acuerdo con lo establecido en los estatutos, pero no lo hacía. Además, estando él en vacaciones y tener su remplazo no podía ejercer ninguna función, pero incumplió eso y ejerció actividades ante autoridades, las que no podía realizar, como fue rechazar la inscripción del Consejo que se le ordenó y promovió un recurso que perjudicó a la entidad; así mismo ocultó la existencia de la Resolución que había expedido la Cámara de Comercio para posteriormente interponer el referido recurso contra la misma, y por esa omisión intencionada del señor Sierra la Cooperativa no pudo hacer contratos, ni ejercer algunas actividades. También incumplió las órdenes del Consejo al no permitirle regresar a su cargo a la Tesorera, incumplió los estatutos al contratar, sin autorización una asesoría jurídica; tampoco acudió como representante legal a una audiencia en un Juzgado de la costa lo que perjudicó a la entidad. Finalmente, al ser interrogado al respecto manifestó que el demandante nunca presentó queja por acoso laboral.

Del referido elenco probatorio, sin hesitación alguna puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del actor medió justa causa como quiera que fue un hecho acreditado en el juicio y aceptado por el propio demandante el haber incurrido en las conductas omisivas irregulares y arbitrarias con extralimitación de funciones y abuso de autoridad, las que reflejan un abierto desconocimiento de la conducta que debe reflejar un Gerente y Representante Legal de una entidad, a

sabiendas que en el reglamento interno de trabajo se consagraron dentro de las prescripciones de orden de acatamiento de las órdenes emitidas por el Consejo de Administración, además de estar contenidas en los estatutos de la entidad ampliamente conocidos por el actor, sin dejar de lado que para todos los trabajadores el comportamiento y respeto se deben guardar en sus relaciones laborales, no solo frente a sus superiores, sino también con sus subalternos, las que aun en ausencia de reglamentos corresponden a la ética y al deber ser en las relaciones laborales.

Es un hecho entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas que como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que el demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones como Gerente y Representante Legal de la entidad demandada al utilizar en su provecho esa condición para ejercer conductas irregulares que van en contravía de la conducta que debe desplegar un superior, lo cual constituye falta grave, dada la responsabilidad de su labor, hecho que no puede calificarse de otra forma que como lo hizo la entidad demandada al desvincularlo de su relación laboral, pues en efecto incurrió dentro de las causales legales que facultan al empleador para dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo, ya que incumplió con sus deberes y obligaciones, además de no guardar el respeto que se espera a las decisiones de su superior jerárquico representado en el Consejo de Administración, de acuerdo con las instrucciones precisas que legalmente en sus estatutos tenía fijadas la entidad, constituyéndose de esta forma a criterio de la Sala en que amerita la aplicación estricta y rigurosa de las sanciones con que contaba el empleador para separarlo del cargo en tanto incurrió en las faltas a él atribuidas.

Las situaciones que rodearon la desvinculación del demandante se comprobaron con fuerza de plena prueba y por consiguiente generan en esta Sala la convicción inequívoca acerca de que el despido de que fue objeto el actor se soportó en causales legalmente establecidas como justas, sin dejar de lado que con las pruebas documentales

allegadas al proceso se probó que la demandada siguió el trámite respectivo para llegar a tomar la decisión concerniente a la desvinculación del demandante. Se debe señalar que el despido como una decisión autónoma del empleador no se equipara a una sanción disciplinaria y en esa medida no se pueden exigir trámites previos, salvo demostrar la conducta irregular del trabajador.

Aunado a lo anterior, para que el trabajador se haga acreedor a la protección legal, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran la lealtad y el respeto, que para el caso de la entidad empleadora y sus jefes comporta además la observancia de una conducta ejemplar frente a quienes hacen parte del grupo laboral que acoge la entidad y que están bajo su mando; por lo cual es claro entender que la violación de tales valores resulta suficiente para dar por finalizado el vínculo, pues se debe recordar que las normas jurídicas que regulan las relaciones laborales encarnan unos principios que buscan lograr la convivencia humana en un ambiente pacífico y de respeto que por ello no se pueden desconocer, como lo hizo el demandante.

Por las anteriores razones procede la absolución de la indemnización por despido reclamada en la demanda y negada por el Juzgado y en ese orden se confirmará la decisión emitida por el A-quo.

COSTAS.

En esta instancia a cargo de la parte demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$350.000.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

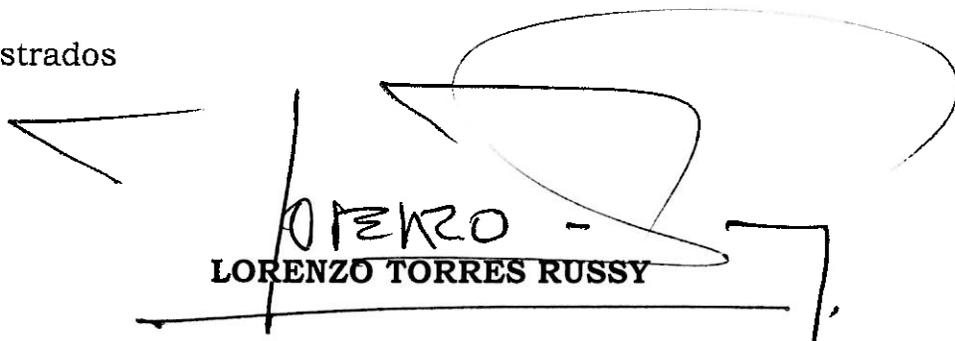
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de septiembre de 2020, conforme se expuso en las motivaciones.

SEGUNDO: COSTAS en el recurso a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$350.000.

La sentencia se notificará por edicto.

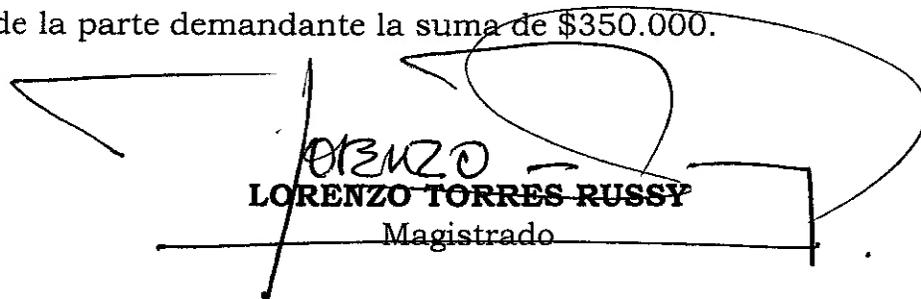
Los Magistrados


LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

INCLÚYANSE en la liquidación de costas, como agencias el derecho a cargo de la parte demandante la suma de \$350.000.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TSB SECRETARÍA LABORAL
44997 ALEB21 PM 4:00

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NOHORA EUGENIA ACOSTA ACOSTA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 025 2017 00217 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 04 de abril de 2019.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la compañía COLFONDOS S.A. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y efectuar la devolución a esta entidad de los aportes pensionales, así como el pago de las costas procesales. Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que el 28 de enero de 1997 fue inducida equivocadamente y bajo engaño, a firmar formulario de traslado a COLFONDOS S.A., desconociendo las implicaciones que tal decisión tendría sobre sus derechos prestacionales. Asimismo, manifestó que el 3 de junio de 2016 solicitó ante COLFONDOS la nulidad de la vinculación,

petición que fue negada por la entidad a través de oficio del 28 de junio de 2016.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 13,23, 29, 53, 209 de la Constitución Nacional, artículo 11, 13, 128 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 5 del C.C.A. Así como la sentencia con radicado 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, a través de su apoderada judicial, dio contestación a la demanda como se observa a folios 45-49, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLFONDOS S.A. Agrega que el derecho a conservar el régimen de transición se pierde cuando han decidido trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que nadie puede beneficiarse de su propia culpa, y que no acredita 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, conforme a los lineamientos de la sentencia SU 062 de 2010. Propuso en su defensa las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, e innominada o genérica.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, fundamentó su oposición en que el traslado de régimen fue efectuado por la misma demandante, de manera libre y sin presiones, sin ningún vicio del consentimiento, y en uso del principio de libre escogencia. Que al momento del traslado recibió asesoría idónea y especializada, y que se le informó sobre las ventajas y desventajas que aparejaba el régimen administrado por los Fondos Privados, tanto así, que duró más de 20 años afiliada al Régimen de Ahorro Individual. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios

actos, innominada o genérica, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento (Folios 72-109).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de abril de 2019, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación de la demandante, señora Nohora Eugenia Acosta Acosta, cédula 51729409, efectuada por la AFP COLFONDOS S.A., lo que tiene relativamente como consecuencia **ORDENAR A COLPENSIONES** a registrar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ordenando también el traslado de todos los aportes realizados por la demandante y sus respectivos rendimientos a **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver los pagos por gastos de administración realizados desde el momento en que se trasladó del fondo hasta el día de hoy, de la señora demandante por lo motivado.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada COLFONDOS por la suma de \$1'800.000.

CUARTO: De no ser apelada la presente decisión envíese al Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.” (Folio 162).

El A-quo argumento que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, tendiente a demostrar que le brindaron a la demandante la información suficiente para que pudiera adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLFONDOS S.A.

Solicitó que la sentencia sea revisada en su totalidad y revocada, teniendo en cuenta para ello, que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, y que además no demostró dentro del juicio que hubiese firmado el formulario de vinculación, inducida por algún vicio del consentimiento, y que cumplió con todas las formalidades que en la época del traslado exigía la ley. Señaló que no es viable ordenar la devolución de

lo correspondiente a gastos de administración, en tanto que estos conceptos encuentran soporte legal en el artículo 60 de la ley 100 de 1993.

V. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Adujo que es improcedente la solicitud de la demandante, por cuanto decidió trasladarse de manera libre y voluntaria al RAIS, y no demostró la existencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que la demandante no cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos en las sentencias C 1024 de 2004, la SU 062 de 2010, y SU 1030 de 2013, para retornar al Régimen de Prima Media y que es inequitativo que una persona que no ha contribuido al fondo común, se beneficie de las cotizaciones efectuadas por los demás para incrementar su capital como afiliada.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del

régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los

formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Luego entonces, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y citada precedentemente, destacan lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Ahora, en el presente asunto tenemos que del formulario de afiliación obrante a folio 157, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado a través de la sociedad COLFONDOS S.A., el 28 de enero de 1997.

La señora NOHORA EUGENIA ACOSTA ACOSTA, al absolver el interrogatorio de parte, manifestó: *“De Colfondos fueron unos vendedores, hablaron con el jefe de personal, nos hicieron una reunión en la biblioteca, para que nos trasladáramos en el fondo de pensiones, porque muy seguramente según ellos, el Seguro se iba a acabar...entonces que las semanas que habíamos cotizados se perdían”*

Por otra parte, COLFONDOS S.A. indicó en escrito de contestación: “Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, si brindo a la demandante una asesoría integral y

completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que asesoro acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.”

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Adicionalmente, COLFONDOS S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió al afiliado, una asesoría o información acerca del régimen pensional al cual se iba a vincular, empero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

Ahora, en relación con el tema relacionado con los rendimientos financieros, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“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 ésta 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.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A. el 28 de enero de 1997, por lo que esta entidad deberá trasladar a la primera de las mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el demandante en su cuenta. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 04 de abril de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

En uso de permiso
CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 025-2017-00217-01, promovido por Nohora Eugenia Acosta Acosta contra Colpensiones y otros.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

T.S.B. SECRET 3. LABORAL

1052
09:36 AM 12/03/21 00:00

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SALUD TOTAL EPS S.A
contra **LA NACION- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL,**
CONSORCIO FIDUFOSYGA CONSORCIO SAYP 2011, UNIÓN TEMPORAL
NUEVO FOSYGA, COMISION DE REGULACION EN SALUD (CRES) y
ADRES. EXPEDIENTE ORDINARIO 032-2015-00187-02

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación concedido a favor de las partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva, contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2019, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

I. ANTECEDENTES

La entidad demandante, pretende el reconocimiento y pago de \$59.481.694. por concepto de cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud-POS, o no costeados por la Unidades de Pago por Capitalización, correspondiente a 389 solicitudes de recobro, así como el pago de \$8.048.747 por gastos administrativos, intereses, indexación y costas del proceso. Sustentó sus pretensiones, en que cubrió efectivamente el suministro o la provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos y servicios no contemplados en el POS, ni costeados en la UPC, como consecuencia de órdenes judiciales de tutela o autorizaciones impartidas

por el Comité Técnico Científico a favor de ciertos usuarios. Que procedió a radicar las correspondientes solicitudes de recobro ante las entidades convocadas a juicio, pero que las mismas fueron denegadas, bajo el argumento que se encontraban dentro del plan obligatorio de salud.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A Y FIDUCOLDEX S.A, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que es el actual administrador de los recursos del FOSYGA y que de conformidad con el contrato de encargo fiduciario 467 de 2011, frente a cualquiera solicitud de devolución, reintegro o pago de sumas de dinero, únicamente está facultado legal y contractualmente para realizar los pagos, giros, devoluciones y transferencias que ordene el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la ordenación. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del consorcio SAYP 2011, inexistencia de la obligación indemnizatoria y ausencia del nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del estado, imposibilidad jurídica e inexistencia del daño antijurídico.

LAS SOCIEDADES FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A, FIDUCIARIA BOGOTA S.A, FIDUCIARIA CAFETERA S.A, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIORS.A-FIDUCOLDEX S.A, FIDUCIARIA DE ACCIDENTE S.A, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUCIARIA POPULAR S.A, SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO-FIDUAGRARIA S.A que integran el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que los recobros peticionados, no cumplían con el lleno de los requisitos legales para su reconocimiento, por lo que oportunamente, formuló las respectivas glosas, siempre con fundamento en las normas legales y reglamentarios y siguiendo estrictamente las instrucciones que le fueron impartidas por el Ministerio de Salud. Adicionalmente, manifestó que los recobros, fueron presentados en fecha posterior al 30 de septiembre de 2011, es decir, con posterioridad a la finalización del contrato de encargo fiduciario con el ente Ministerial mencionado, por lo que fue el nuevo administrador del Fosyga, quien

realizó en su momento los trámites de auditoría. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa, prescripción e inexistencia del daño.

Entre tanto **LA DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que las solicitudes de recobro se prestaron sin el cumplimiento de la totalidad de requisitos exigidos por la ley. Propuso las excepciones de prescripción, culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación e improcedencia del pago de intereses moratorios.

Por su parte las compañías **CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIO S.A.S, SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLICIFICADA SERVIS S.A.S., Y GRUPO ASESORIA EN SISTEMTIZACION DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-GRUPO ASD S.A.S, integrantes de la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA y de la UNION TEMPORAL FOSYGA 2014,** se opuso también a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que los servicios y medicamentos cuyo pago se peticiona, se encontraban incluidos en el plan obligatorio de salud, razón por la cual, su valor fue aprobado, mediante el pago de la Unidad de Pago por Capitación. Propuso las excepciones de pago por el fosalud de los valores reclamados a través de la unidad de pago por capitación, inexistencia de la obligación y no configuración de daño antijurídico e inexistencia de falla del servicio.

ALLIANZ SEGUROS S.A, que fue llamada en garantía, se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones, señalando en síntesis que las compañías que conforman la Unión Temporal, no fueron beneficiarias o destinatarias de los servicios prestados, ni es su obligación constitucional, legal, no contractual responder por los valores de dichos insumos, lo cual a su juicio se encuentran a cargo del Estado. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción e inexistencia de responsabilidad y de solidaridad alguna a cargo de la llamante en garantía.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 11 de febrero de 2019, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva al consorcio SAYP 2011 e inexistencia de responsabilidad solidaria del CONSORCIO SAYP 2011, respecto al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, formuladas por el CONSORCIO SAYP 2011, al igual que la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de las **UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014** formulada por esta última, probada parcialmente las excepciones de inexistencia de la obligación e improcedencia del pago de intereses moratorios formuladas por la **ADRES** conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-Adres, a pagar a la demandante **SALUD TOTAL EPS S.A.**, los recobros señalados en el cuadro número uno que hace parte integral de esta sentencia y el cual en todo caso pues ya se hizo referencia en la parte considerativa en cuantía de \$4.803.510 y sobre cuyos recobros se reconocerán intereses moratorios conforme el artículo séptimo del decreto 1281 de 2002.

TERCERO: CONDENAR la Administradora de los Recursos del Sistema General De Seguridad Social en Salud-Adres a pagar a la demandante **SALUD TOTAL EPS S.A.**, los recobros señalados en el cuadro número dos por valor de \$2.761.177 y que deberán pagarse debidamente indexadas.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada **ADRES** de las demás pretensiones incoadas en su contra y absolver de la totalidad de las pretensiones a las sociedades que integran la unión temporal **Nuevo Fosyga, el Consorcio Sayp 2011** y de contera absolver la llama en garantía Allianz seguros S.A.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada **ADRES** y a favor de la demandante **SALUD TOTAL EPS S.A.**, para lo cual se fija como agencias en derecho la suma de una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y condenar a la parte demandante y a favor de los CONSORCIO SAYP 2011 Y LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA para lo cual se fija como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a favor del consorcio y a favor de la unión temporal, sin costas respecto a la llamada en garantía.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Alegó en síntesis que se debe condenar aquellos recobros, cuya glosa fue que el medicamento o servicio no estaba incluido en el Plan Obligatorio de Salud, en la medida que dentro del plenario enunció los argumentos, características y denominación que avalan que dichos procedimientos no se encuentran en el POS y que además no estaba financiados por UPC, además que intento reforzar dichos alegatos con un dictamen pericial, que no fue tenido en cuenta por el Juez de Conocimiento. Finalmente, indicó que se debe revocar la condena en costas que le fue impuesta, así como condenar al pago de los intereses moratorios sobre la totalidad de facturas solicitadas.¹

¹ *Recurso de apelación parte demandante: "Gracias su señoría con todo respeto por la decisión adoptada por el despacho y en total acuerdo frente al análisis y estudio realizado respecto de las glosas puntualmente extemporánea y demás administrativas salud total en esta oportunidad presenta recurso de apelación en contra de parcialmente la sentencia puntualmente respecto a la negativa de los recobros cuya glosa bien sea única combinada haya tenido la glosa de cobertura del ID 103 esto por la siguiente razones, el despacho manifiesta que dentro del sustento fáctico no se hizo una alusión puntual digamos a que existía este tipo de asuntos de glosas combinadas y que efectivamente no se ha logrado demostrar o no se ha cumplido con la carga probatoria respecto de la inclusión o no de dichos medicamentos dentro del plan de beneficios puntualmente al desestimar el dictamen aportado y controvertido en esta diligencia sin embargo sus señoría es extraño que frente al punto no se haya hecho una controversia o no se haya tenido en cuenta la argumentación que existe dentro de la demanda y que si en reposa puntualmente haciendo un análisis de cada uno de los recobros y no solamente eso sino del porque efectivamente son medicamentos no pbs en su momento tanto así que efectivamente dentro de libelo si se verifica de páginas 14 en adelante se hace una alusión puntual al porque dichos medicamentos no estaban incluidos y no estaban financiados en la opc principalmente por las siguientes razones no post por principio activo número de radicaciones 154 por valor de \$49.514.391 no post por forma farmacéutica 112 recobros por valor de \$13.609.443 pesos no puedes por post por concentración 17 recobro su valor de \$7.916.897 medicamento condicionado no post por diagnóstico 63 recobros por valor de \$5.838.951 no post por principio activo y forma farmacéutica 40 recobros por valor de \$3.006.780 medicamento no post pues por edad dos por valor de \$360.333 y no post por concentración forma farmacéutica uno por valor de \$240.680 frente al mismo se desarrolló punto a punto cada uno de los aspectos de los cuales porque desde el punto de vista jurídico y lo digo así porque si viene al margen de lo que se haya planteado en el dictamen y la no pertenencia en esta oportunidad existe una tabla puntual donde se hace alusión a cada uno de los medicamentos por ejemplo el caso de principio activo porque no está incluido y cuál es la normatividad según la cual no estaba dentro del plan de beneficios frente a esta situación se observa que la sentencia adolece o más bien carece perdón de un análisis puntual respecto a esta argumentación qué quiere decir que la sentencia digamos le hace falta el análisis de la controversia puntual sobre estos aspectos dado que si se hizo una alusión a la misma y de hecho con el dictamen se intentó abordar ese punto si bien no al detalle pues efectivamente era algo que debía haber sido analizado en su integridad debido a que si se hizo un análisis respecto al caso tanto así que se mencionaba puntualmente las características de cada uno de los medicamentos no incluidos diciendo por ejemplo que el 36% de los medicamentos que la eps se había considerado no post es por principio activo corresponden a divalproato sódico tabletas 250 mg y en el mismo sentido sobre los diferentes medicamentos incluso demandados, sobre el punto de que tener en cuenta su señoría que esto es un debate casi que de pleno derecho y lo digo así porque si bien se intentó digamos reforzar esta argumentación con un dictamen evidentemente estamos hablando de una inclusión o no dentro de unas normas aspectos que necesariamente pueden ser verificados incluso fueron verificados en cd, fallos de tutela la medida en que las tutelas no existieron dictámenes periciales no existieron conceptos o testimonios técnicos que hayan hecho alusión sobre el mismo y efectivamente los mismos jueces dieron o concluyeron más bien sobre la no inclusión de dichos servicios tanto así que los ordenaron y ordenaron el recobro esta situación necesariamente tuvo que haber sido analizada por el despacho en virtud de una recta administración de Justicia no lo digo a mal sino en la medida en*

Solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que el término de prescripción trienal previsto en el Código de Procedimiento Laboral, no es aplicable al asunto, en la medida que el artículo 13 del Decreto 1289 de 2002, prevé un lapso de seis para solicitar el pago del servicio o medicamento, razón que conlleva además a la absolución de intereses moratorios, indexación y costas procesales.²

que efectivamente se busque la verdad sobre el asunto que se plantea en virtud de una prevalencia constitucional del derecho sustancial sobre el procesal sobre este aspecto pues necesariamente no se dio una controversia adecuada dentro del fundamento de la sentencia tanto así que si se verifica o en el momento cómo se hizo con el testimonio de la doctora María Esperanza existió puntualmente el recobro 53296442 dentro del cual existía glosa combinada la 103 y la 307 en cuanto al ejemplo relativa a la falta de firmas de los miembros del ctc este recobro también tuvo en la glosa puntual de cobertura en cuanto mencionaba que los valores objeto de recobro no saben si hoy habían sido cancelados por el fosalgo esta situación fue objeto de desistimiento en virtud de la aprobación dentro del mecanismo excepcional de glosa transversal y la misma doctora María Esperanza dice que se hizo un análisis integral de todos los aspectos relacionados con el recobro a excepción de la extemporánea quiere decir que la misma unión temporal sé que efectivamente se trataba de un medicamento un medicamento que era no pbs para la fecha de prestación lo cual se corrobora incluso con los recobros que si continúan en demanda no 95086536 52928867, 95086335 y alrededor de 12 recobros más que corresponden al mismo servicio atazanavir cápsulas 300 mg al mismo servicio bajo las mismas condiciones con las mismas glosas y puntualmente la glosa de cobertura que la misma unión temporal reconoce a través del proceso de glosa transversal que efectivamente era no post lo cual evidentemente demuestra también en este escenario no solamente con lo que se planteó en la demanda sino en virtud de estos desistimientos es claro que efectivamente sí existía una justificación para que estos fueran no post al margen de lo que haya sucedido directamente con el dictamen, frente a esa situación su señoría y para consideración del honorable tribunal es necesario que la sentencia sea revocada en cuanto negación de los recobros por esta causal todo en el entendido de que efectivamente debe prevalecer el derecho sustancial en este aspecto y la parte demandante cumplió por lo menos frente a la argumentación de un aspecto que es de pleno derecho y que debe ser analizado como tal tanto así que puede incluso ser verificado con el cd de imágenes que corresponde a pruebas realmente aportadas que pueden ser también incluso válidas como bien lo hizo su señoría respecto de las demás glosas en razón por la cual frente a este tema pues es necesario que el tribunal revoque la decisión y pues evidentemente también revoque la decisión en cuanto a la condena en costas a favor de la unión temporal y el consorcio no siendo más su señoría estos son los argumentos con los cuales sustenta una inconformidad respecto del fallo de primera instancia solicito a su señoría concejal recurso apelación y al honorable tribunal se ha admitido el mismo se revoque la sentencia frente a los puntos específicos mencionados del no pago de los recobros por la glosa de cobertura y se ha reconocido pues por supuesto los intereses moratorios sobre la totalidad de lo pretendido en demanda con las mismas solicitudes que se han planteado desde el mismo libelo muchísimas gracias.”

² Recurso de apelación parte demandada: “De conformidad con el fallo emitido por su persona quiero decir que estoy parcialmente de acuerdo interpongo recurso parcial por las condenas que se interponen al adres en el sentido de condenar al adres a pagar el tema de los de las glosas de extemporaneidad y que se los intereses moratorios y las otras glosas que pues el señor juez ya hizo razón en el proceso esto lo hago por dos motivos uno primero si bien es cierto que la solicitud de recobro representada en forma extemporánea conformidad con el artículo 13 del decreto ley 1289 de 2002 quiero precisar el señor juez que estás extemporaneidad es una norma especial en el sentido de que establece para el caso en exacto que tiene que ser seis meses para ver radicado esta situación por lo cual se considera que no es aplicar la prescripción establecida en la norma general sino en este caso reconocerse la extemporaneidad. Asimismo teniendo en cuenta como lo

1035

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del CPL y SS-principio de consonancia- y 69 C.P.T-grado jurisdiccional de consulta, la sala examinará si la entidad demandante, tiene derecho al pago de los recobros por procedimientos no contemplados en el POS.

establecí en el principio de este fallo que como establece el artículo derecho a la salud y la protección social es un es una derechos universales que recaen en el estado por eso mismo el estado tiene que verificar crear una normatividad para que se garanticen la finalidad de estos recursos a dónde van a ser dirigidos de esta manera si los recursos y los recursos como lo digo eso recurso para eso se crean una normatividad que ya ha sido señalada como la 3099 y todas las resoluciones y decretos establecidos para esta finalidad con el fin de garantizar que los recursos sean bien utilizados en este caso cuando el recobro de recaída cómo cumplir esta normatividad a la parte demandante y acá no es procedente que la negligencia de esto al no cumplir con los trámites cómo era subsanar ese momento esas esas cosas se le se le condene a la administración al estado en esta circunstancia de la misma manera en lo referente a los intereses y a la indexación me permito decirle señor juez que no es procedente la comuna la condena por intereses moratorios en el caso de la primera pretensión ni tampoco la indexación teniendo en cuenta que como se señaló en este proceso no existe normatividad que excepción que si bien era el decreto 1281 de 2002 por medio del cual expidieron las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna de los recursos del sector salud dicha normatividad tuvo una razón de ser y no es otra distinta a la facultad extraordinaria que dispuso el congreso a través de la ley 715 de 2001 para que el presidente expidiera una norma encaminada a regular flujos de caja, la autorización oportuna del sector salud y la utilización de prestación del servicio a la población del país, y entonces si se entiende el contenido de esa norma se alude que los rendimientos financieros por cotización el reintegro de los recursos apropiados o reconocimiento sin justa causa, desde esta óptica honorables magistrados sobre este punto también se ha pronunciado el honorable tribunal administrativo de Cundinamarca sección tercera subsección B con ponencia del doctor Carlos Alberto Vargas en sentencia del 20 de julio de 2013 dentro del radicado para el pago de la cuenta de cobro una vez son presentadas ante la ministra certificado 2500023260002009010700 demandante eps sanitas demandado ministerio de protección social, en el cual establece que teniendo en cuenta lo anterior y el análisis del decreto 1281 de 2002, advierte la sala que en el mismo no se establece un término para el pago de la cuenta de recobro una vez fue presentado ante la administradora judicial fosityga y tampoco que con ocasión a un pago extemporáneo de la cuenta de recobro la eps tenga derecho a que se le reconozca por el retardo en el pago de unos intereses moratorios pues el artículo cuarto del decreto en mención únicamente hace referencia a la generación de dichos intereses en caso de que se incumpla los términos previstos en el decreto y dado que en dicha normativa no se establece el término con el que cuenta el fosityga para pagar el recobro estaríamos ante un vacío legal toda vez que las resoluciones que regulan el procedimiento y pago de las solicitudes de recobro no se establecen al respecto de las generaciones de intereses moratorios por incumplimiento de estos términos, por lo anterior esta sala ha tomado la decisión de que pues obviamente no se puedan pagar ni reconocer intereses por negligencia por parte de la entidad solicitante, así mismo pues considera parte demandada que la verdad que tampoco es procedente la condena en costas de dos salarios mínimos legales vigentes ya que como se ha demostrado pues en este caso la negligencia de cumplir la normatividad recae exclusivamente en la eps y de subsanar las glosas combinadas que les fue condenado y que fueron devueltas y nunca subsano y pues obviamente fueron rechazadas muchas gracias.

La Ley 100 de 1993, creó el “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con los postulados constitucionales, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.³

A su vez el Art. 156 de la Ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), que *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.”*

Entre tanto, el artículo 7.º del Decreto 806 de 1998, prevé que el Plan Obligatorio de Salud: *“Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

No obstante, cuando un servicio médico y/o los medicamentos no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, está en la obligación de brindarlo, y presentar ante el FOSYGA la cuenta de recobro.

Frente a este último tema, el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, previó lo siguiente: *“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*

³ Consejo Superior de la Judicatura. M.P. DR. JULIA EMMA GARZON DE GOMEZ

mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”.

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

“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 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, 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.*

Adicionalmente, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, reguló la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite:

“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 este 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 periodo 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”.

Luego entonces, pese a lo regulado por la normatividad descrita, ha de indicarse que como quiera que el asunto fue asignado a esta jurisdicción, el mismo se ha de someter al trámite contemplado en nuestro estatuto procesal, en lo referente al término trienal para reclamar el derecho.

Precisado lo anterior, se tiene que en el presente asunto la parte actora, solicita el reconocimiento y pago de 389 recobros por concepto de suministros de servicios, medicamentos y procedimientos, no contemplados en el POS, ordenados en fallos de tutela y Comité Técnicos Científico. Sin embargo, procedió a desistir del cobro de 142 facturas,

1036

peticionando tan solo la cancelación de los procedimientos, que a continuación se relación:

51539697	51972982	52128933	95227309	51718512	56170629	51710224	51428626	52958867	51987686
51973470	52095968	95265433	95190353	51760173	51714110	51986068	51902200	52173544	95140844
51974000	52288545	95188756	95230603	55367931	51539951	56417081	51677113	51987778	95230290
51589961	51713233	53033455	56609570	55354284	51539927	51428444	51900916	51198825	95254327
51438979	51720044	95265393	56761129	25235796	51433444	51535639	52127598	51255363	95195702
51437081	51713229	95230424	56769842	95231203	51592586	51438705	25210299	95180355	95194831
51972899	51717383	95197161	56496480	52084476	52173901	51440909	52592851	95181203	95252701
51714984	51176574	95193182	56625159	51710349	51430279	51430316	51539288	95131076	95225376
52814741	51329461	95193183	51444824	51199497	51452142	51540040	51106905	95131141	51899174
52814233	51429180	95193190	52816108	51443683	51436853	51538716	51106082	95141106	57039531
25072013	51443760	95225959	51256905	51440837	51537446	51718421	95265228	95192810	95195021
51440268	51536994	95078844	95192006	51254991	51538773	51747325	51762259	51325125	
95078754	51450639	95078472	95191892	51590282	51436990	52288073	25459383	54188528	
95193186	51446008	56209421	95252073	95194295	51717294	51590202	51718586	54541254	
95193187	25171389	55986251	95198047	51811512	51538487	52302039	56416383	51693768	
95230588	52074795	56185334	95229306	51318572	51538477	51712046	57549749	95078823	
95230616	52085268	56186817	95229291	51199128	51589569	51710592	57227458	55836144	
51430909	52127906	55836070	51084749	51199129	51499098	51710609	51901213	56496028	
51449155	95254369	95265392	56466946	51539065	52213702	51711411	51903007	51588618	
51430810	95227047	95230668	57588444	51438657	51443788	51437923	51748510	52290567	
51534878	51084187	95229903	95265373	51590043	51534680	51441944	56535407	52213173	
51108584	51255905	95229940	51437546	95233368	51722204	51444362	51176919	52299705	
52289169	52170665	95229944	51973415	52095877	52072708	51682989	51721455	52123161	
52289111	52074892	95198086	51899657	52175452	51716732	25070628	95086536	51809842	
52128361	52094854	95232125	51908888	52097095	51760394	51431191	95086535	52123121	

Frente a tales recobros la entidad demanda al contestar la demanda, argumento que no era posible el pago de las cuentas solicitadas por la entidad accionante, como quiera que las mismas habían sido presentadas en forma extemporáneas, que los valores objeto de recobro había sido pagados por el Fosyga, el recobro no se ajustaba a la información consignada en el medio magnético, que el medicamento o servicio prestado no correspondía a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el comité técnico científico o que no se anexó la factura del proveedor o prestador del servicio (folio 572-578).

Ahora, considera esta Sala de decisión respecto de las facturas cuya glosa fue la extemporaneidad, que habrá de condenarse a la pasiva al reconocimiento y pago, en la medida que respecto de este tema tenemos, que al analizar la norma, en su tenor literal-*artículo 7° del Decreto 1281 de*

2002-, se establece que la consecuencia no es la falta de pago, sino la exoneración de intereses moratorios o cualquier otra sanción pecuniaria, además que la disposición enuncia es la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa, luego de transcurrido el tiempo en mención, habida cuenta que nuestro Código de Procedimiento prevé un término trienal, para la configuración del fenómeno de la prescripción.

Lo anterior permite concluir, que la convocada a juicio, al glosar la factura por extemporánea no desconoció en ningún momento, la prestación del servicio o suministro del medicamento por parte de la EPS al afiliado o usuario, que el mismo estaba fuera del POS, como tampoco objeto el valor del mismo, ni la fecha en que fue entregado o prestado, lo anterior se pudo corroborar del escrito de contestación, dado que al hacer mención a cada una de las facturas descritas en el libelo inicial, solo hizo referencia a que las mismas había sido rechazadas por extemporáneas, tal como se enuncia a continuación:

N.º	RADICADO	VALOR	FECHA DE PRESTACION	SERVICIO O MEDICAMENTO	GLOSA
1	52814741	\$ 1.229.250,00	29/03/2011	MICOFENOLATO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
2	95193186	\$ 55.110,00	28/12/2010	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
3	95230588	\$ 77.880,00	03/05/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
4	95230616	\$ 49.980,00	21/07/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
5	52074795	\$ 12.990,00	16/12/2011	CARVEDILOL	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
6	95254369	\$ 30.812,00	23/06/2011	OLIVA	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
7	95227047	\$ 30.812,00	14/09/2011	OLIVA	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
8	52074892	\$ 15.420,00	06/12/2011	CARVEDILOL	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
9	52094854	\$ 15.420,00	08/11/2011	CARVEDILOL	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
10	95197161	\$ 54.240,00	02/05/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
11	95193182	\$ 69.310,00	16/12/2010	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
12	95193183	\$ 48.340,00	16/12/2010	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
13	95225959	\$ 72.300,00	30/11/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
14	95265392	\$ 35.250,00	01/02/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea

1037

15	95230668	\$ 99.960,00	28/11/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
16	95229940	\$ 72.300,00	17/11/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
17	95229944	\$ 47.310,00	15/11/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
18	95232125	\$ 55.110,00	11/02/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
19	95190353	\$ 35.250,00	28/02/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
20	95230603	\$ 38.940,00	25/04/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
21	56769842	\$ 71.270,00	17/09/2012	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
22	56466946	\$ 179.900,00	07/02/2012	GADODIAMIDA	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
23	25235796	\$ 17.438,00	28/12/2011	GLUCONATO DE CLORHEXIDINA	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
24	95231203	\$ 36.486,00	12/01/2011	LACTATO DE SODIO, ALANTOINA, SILICONA	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
25	95233368	\$ 59.790,00	28/11/2011	SUPLEMENTO DIETARIO CON MAGNESIO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
26	57227458	\$ 157.445,00	09/06/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
27	95086536	\$ 1.144.200,00	10/10/2011	ATAZANAVIR CAPSULA 300MG	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
28	95086535	\$ 1.144.200,00	26/07/2011	ATAZANAVIR CAPSULA 300MG	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
29	52958867	\$ 838.350,00	20/05/2011	ATAZANAVIR CAPSULA 300MG	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
30	95140844	\$ 74.220,00	07/06/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
31	95195702	\$ 74.790,00	15/02/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
32	95194831	\$ 50.730,00	18/01/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
33	95252701	\$ 52.280,00	29/07/2011	DIVALPROATO SODICO	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
34	95225376	\$ 52.320,00	14/01/2011	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	solicitud de recobro presentada en forma extemporánea
		\$ 6.099.403,00			

Por otra parte, también habrá lugar a acceder a la suplicas de la demanda, respecto de aquellos recobros, en los que la entidad demandada, adujo “los valores objeto de recobro ya hayan (sic) sido pagados por el Fosyga”, pues con esta objeción, entiende la Sala que dichos medicamentos o servicios fueron prestados por la EPS, y que los mismos ascendieron a los valores descritos por la accionante, tan es así que la entidad reconoce que el Fosyga procedió a su pago, pero sin que dentro del plenario exista prueba

alguna de esta actuación, es decir, ante la omisión de la entidad en demostrar durante el presente trámite, que procedió a cancelar dichos procedimientos, hay lugar a proferir condena, lo anterior también fue determinado del escrito de contestación: (folio 572-573):

N.º	RADICADO	VALOR	FECHA DE PRESTACION	SERVICIO O MEDICAMENTO	GLOSA
1	51539697	\$ 47.930,00	22/05/2012	CILOSTAZOL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
2	51973470	\$ 117.020,00	20/06/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
3	51974000	\$ 117.120,00	27/02/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
4	51589961	\$ 56.960,00	25/05/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
5	51438979	\$ 36.160,00	18/05/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
6	51437081	\$ 116.120,00	20/03/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
7	51972899	\$ 17.120,00	27/01/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
8	51714984	\$ 6.960,00	04/05/2012	METROPROLOL SUCCINATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
9	52814233	\$ 229.250,00	07/03/2011	MICOFENOLATO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
10	25072013	\$ 271.824,00	19/04/2012	PREGABALINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
11	51440268	\$ 68.932,00	04/04/2012	VILDAGLIPTINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
12	95193187	\$ 54.240,00	13/01/2011	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
13	51449155	\$ 40.710,00	12/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
14	51430810	\$ 70.700,00	06/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
15	51534878	\$ 70.700,00	23/04/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
16	51108584	\$ 72.200,00	02/04/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
17	52289111	\$ 46.640,00	02/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
18	52128361	\$ 72.200,00	03/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
19	51972982	\$ 97.190,00	21/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
20	52095968	\$ 72.200,00	26/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
21	52288545	\$ 43.640,00	23/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
22	51713233	\$ 40.710,00	17/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
23	51720044	\$ 71.060,00	12/04/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga

1038

24	51713229	\$ 72.200,00	18/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
25	51717383	\$ 43.640,00	19/04/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
26	51176574	\$ 97.190,00	29/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
27	51329461	\$ 97.190,00	19/04/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
28	51429180	\$ 97.190,00	22/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
29	51443760	\$ 47.210,00	09/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
30	51536994	\$ 70.800,00	22/02/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
31	51450639	\$ 46.640,00	02/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
32	51446008	\$ 97.190,00	21/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
33	25171389	\$ 120.068,00	04/07/2012	ALENDRONATO DE SODIO/COLECALCIFE ROL VITAMINA D3	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
34	52127906	\$ 64.010,00	05/07/2012	SITAGLIPTINA BASE/CLORHIDRATO DE METFORMINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
35	51084187	\$ 344.520,00	23/03/2012	ALIMENTO ESPECIAL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
36	51255905	\$ 112.040,00	26/04/2012	ALIMENTO ESPECIAL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
37	52170665	\$ 22.391,00	26/04/2012	BETAMETASONA DIPROPIONATO/BETA METASONA FOSFATO DISODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
38	52128933	\$ 70.308,00	29/03/2012	CASEINATO DE CALCIO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
39	53033455	\$ 99.415,00	15/07/2012	DIPIRIDAMOL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
40	95265393	\$ 50.100,00	02/05/2011	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
41	95230424	\$ 147.170,00	02/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
42	95193190	\$ 114.150,00	17/12/2010	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
43	56209421	\$ 19.630,00	12/03/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
44	55986251	\$ 68.215,00	27/02/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
45	56185334	\$ 62.870,00	21/02/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
46	56186817	\$ 71.170,00	15/02/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
47	55836070	\$ 71.270,00	16/11/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
48	95198086	\$ 47.310,00	16/12/2011	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
49	95227309	\$ 28.670,00	20/05/2011	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el

50	56609570	\$ 63.270,00	08/01/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
51	56761129	\$ 44.780,00	23/08/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
52	56496480	\$ 94.760,00	17/10/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
53	56625159	\$ 96.260,00	30/01/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
54	51444824	\$ 369.630,00	17/05/2012	EXTRACTO ACUOSO DE TRITICUM VULGARE-FENOXIETANOL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
55	52816108	\$ 307.248,00	25/01/2011	EXTRACTO ACUOSO DE TRITICUM VULGARE-FENOXIETANOL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
56	51256905	\$ 55.868,00	07/04/2012	FERMENTOS LACTEOS VIVOS	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
57	51084749	\$ 179.900,00	21/11/2011	GADODIAMIDA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
58	57588444	\$ 77.385,00	18/04/2012	GLICINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
59	51437546	\$ 203.528,00	09/05/2012	INSULINA LISPRO/PROVITAMINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
60	51973415	\$ 179.120,00	13/03/2012	INSULINA LISPRO/PROVITAMINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
61	51899657	\$ 134.924,00	11/07/2012	INSULINA LISPRO/PROVITAMINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
62	51718512	\$ 112.156,00	22/05/2012	INSULINA LISPRO/PROVITAMINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
63	51760173	\$ 203.528,00	05/06/2012	INSULINA LISPRO/PROVITAMINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
64	55367931	\$ 14.954,00	20/05/2013	GLUCONATO DE CLORHEXIDINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
65	55354284	\$ 14.954,00	19/04/2013	GLUCONATO DE CLORHEXIDINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
66	52084476	\$ 25.224,00	06/02/2012	LATANOPROST+TIMOL OL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
67	51710349	\$ 31.724,00	12/04/2012	LATANOPROST+TIMOL OL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
68	51199497	\$ 208.389,00	30/11/2011	MILRINONA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
69	51443683	\$ 69.680,00	22/05/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
70	51440837	\$ 91.100,00	23/03/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
71	51254991	\$ 69.680,00	24/04/2012	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
72	51590282	\$ 125.563,00	22/12/2011	NOREPINEFRINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
73	51811512	\$ 1.022.000,00	06/07/2012	PROTEINAS-CARBOHIDRATOS	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
74	51199128	\$ 198.510,00	15/10/2010	GADOLINIO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
75	51199129	\$ 198.510,00	11/10/2011	GADOLINIO	los valores objeto de recobro

1039

					ya han sido pagados por el Fosyga
76	51539065	\$ 198.510,00	25/11/2011	GADOLINIO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
77	51438657	\$ 198.510,00	07/12/2011	GADOLINIO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
78	51590043	\$ 18.430,00	10/05/2012	SUTALMICILINA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
79	52095877	\$ 56.165,00	22/03/2012	TARTRATO DE BRIMONIDINA+TIMOL OL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
80	52175452	\$ 46.797,00	11/07/2012	TARTRATO DE BRIMONIDINA+TIMOL OL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
81	52097095	\$ 53.965,00	23/01/2012	TARTRATO DE BRIMONIDINA+TIMOL OL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
82	56170629	\$ 50.393,00	14/03/2013	VACUNA CONTRA DIFTERIA, PERTUSIS Y TETANOS	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
83	51539927	\$ 113.710,00	09/04/2012	VACUNA CONTRA DIFTERIA, PERTUSIS Y TETANOS	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
84	51433444	\$ 82.200,00	11/02/2012	VIRUS DE HEPATITIS A INACTIVADO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
85	51592586	\$ 43.790,00	10/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
86	52173901	\$ 78.030,00	19/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
87	51452142	\$ 75.830,00	14/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
88	51436853	\$ 59.810,00	30/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
89	51537446	\$ 59.810,00	02/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
90	51538773	\$ 29.970,00	15/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
91	51436990	\$ 25.700,00	23/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
92	51717294	\$ 39.650,00	03/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga

93	51538487	\$ 43.790,00	27/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
94	51538477	\$ 27.770,00	26/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
95	51589569	\$ 78.030,00	22/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
96	51499098	\$ 78.030,00	24/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
97	52213702	\$ 11.750,00	21/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
98	51443788	\$ 68.060,00	15/02/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
99	51534680	\$ 147.340,00	09/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
100	51722204	\$ 73.880,00	28/02/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
101	52072708	\$ 94.355,00	23/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
102	51716732	\$ 73.880,00	27/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
103	51760394	\$ 73.880,00	30/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
104	51710224	\$ 1.003.290,00	17/02/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
105	51986068	\$ 147.340,00	08/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga

1040

106	51428444	\$ 68.160,00	16/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
107	51535639	\$ 117.740,00	31/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMARCI, CAPSULA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
108	51438705	\$ 44.150,00	01/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
109	51440909	\$ 54.810,00	03/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
110	51430316	\$ 86.850,00	02/02/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
111	51540040	\$ 44.720,00	03/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
112	51538716	\$ 45.290,00	18/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
113	51718421	\$ 45.290,00	09/02/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
114	51747325	\$ 69.320,00	27/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
115	52288073	\$ 45.290,00	26/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
116	51590202	\$ 51.875,00	02/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
117	52302039	\$ 44.720,00	28/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
118	51712046	\$ 69.320,00	08/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga

119	51710592	\$ 44.720,00	29/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
120	51710609	\$ 44.720,00	12/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
121	51711411	\$ 61.310,00	12/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
122	51437923	\$ 31.470,00	31/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
123	51441944	\$ 77.330,00	16/03/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
124	51444362	\$ 45.290,00	17/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
125	51682989	\$ 51.875,00	30/01/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
126	25070628	\$ 395.340,00	17/04/2012	SOLUCION INYECTABLE Y SOLUCION ORAL	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
127	51431191	\$ 62.235,00	24/03/2012	CAPSULA, EMULSION ORAL Y SOLUCION INYECTABLE	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
128	51428626	\$ 130.550,00	24/02/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
129	51902200	\$ 121.700,00	19/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
130	51677113	\$ 107.370,00	08/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
131	51900916	\$ 98.810,00	13/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
132	52127598	\$ 35.270,00	26/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga

1041

133	25210299	\$ 221.483,00	25/06/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
134	52592851	\$ 408.466,00	12/09/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
135	51539288	\$ 193.483,00	25/05/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
136	51106905	\$ 200.678,00	16/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
137	51106082	\$ 440.166,00	17/04/2012	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
138	51762259	\$ 243.020,00	20/06/2012	LAMOTRIGINA TABLETA DE 200 MG	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
139	51718586	\$ 85.860,00	08/06/2012	NIFEDIPINO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
140	56416383	\$ 357.895,00	16/10/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
141	57549749	\$ 52.825,00	14/03/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
142	51901213	\$ 345.750,00	02/06/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
143	51903007	\$ 177.705,00	25/04/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
144	51748510	\$ 674.025,00	14/06/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
145	56535407	\$ 518.900,00	26/10/2012	AGUA ESTERIL IRRIGACION 3000ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
146	51176919	\$ 24.017,00	31/10/2011	AGUA ESTERIL SOLUCION INYECTABLE 500ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
147	51721455	\$ 330.815,00	24/04/2012	AGUA ESTERIL SOLUCION INYECTABLE 500ML	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
148	52173544	\$ 30.020,00	14/06/2012	CLORHIDRATO TABLETA O CAPSULA DE LIBERACION PROGRAMADA 1501 MG	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
149	51987778	\$ 161.120,00	21/03/2012	LEFLUNOMIDA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
150	51198825	\$ 107.600,00	02/06/2011	ONDANSETRON SOL INY 8 MG	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
151	51255363	\$ 48.967,00	27/09/2011	ONDANSETRON SOL INY 8 MG	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
152	95180355	\$ 93.974,00	02/01/2012	POLIOSIDO PURIF, STREPTOCOCCUS PNEUMONIAE	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga

153	95131076	\$ 93.874,00	18/02/2012	POLIOSIDO PURIF, STREPTOCOCCUS PNEUMONIAE	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
154	51325125	\$ 93.874,00	24/04/2012	POLIOSIDO PURIF, STREPTOCOCCUS PNEUMONIAE	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
155	54188528	\$ 93.874,00	15/11/2012	POLIOSIDO PURIF. STREPTOCOCCUS PNEUMONIAE	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
156	54541254	\$ 93.774,00	11/01/2013	POLIOSIDO PURIF. STREPTOCOCCUS PNEUMONIAE	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
157	51693768	\$ 229.500,00	29/05/2012	METOPROLOL SUCCINATO 95MG	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
158	55836144	\$ 96.520,00	28/06/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
159	56496028	\$ 72.100,00	01/03/2013	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
160	52290567	\$ 69.200,00	17/07/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
161	52213173	\$ 90.620,00	24/05/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
162	52299705	\$ 40.640,00	13/06/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
163	52123161	\$ 69.200,00	28/06/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
164	51809842	\$ 51.350,00	30/05/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
165	52123121	\$ 90.620,00	22/06/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
166	51987686	\$ 69.200,00	28/05/2012	VALCOTE TABLETA CON CUBIERTA ENTERICA	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
167	95230290	\$ 30.660,00	30/08/2011	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
168	95254327	\$ 30.660,00	30/09/2011	DIVALPROATO SODICO	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
169	51899174	\$ 240.680,00	17/05/2012	LAMOTRIGINA DISPERSABLES TABLETA 200MG	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
170	57039531	\$ 180.067,00	09/09/2013	VACUNA CONJUGADA NEUMOCCICA 13	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
171	95195021	\$ 180.266,00	15/06/2011	VACUNA CONJUGADA NEUMOCCICA 13	los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga
		\$ 21.244.426,00			

Ahora, a renglón seguido se enunciarán una serie de recobros los cuales fueron glosados por la accionada, indicando aspectos diferentes a los enunciados anteriormente:

Respecto de los cobros n.º **95078754 y 51430909** por valor de **\$29.540** y **\$41.210**, igualmente hay lugar al pago, en la medida que la entidad demanda glosó estas peticiones, con el argumento que los cobros no se acompañaban de la justificación del médico tratante, empero la Sala encuentra, una vez revisado el CD contentivo de los soportes de cobro, que existe acta del comité técnico científico que ordena el suministro del medicamento, así como prescripción médica, factura del proveedor y entrega del medicamento al usuario.

En relación con los cobros identificadas con los n.º **52289169 y 52085268**, se determina que no existen glosas por parte del ente ministerial, más si se tiene que la accionante aportó, acta del comité técnico científico que ordena el suministro de los medicamento, así como prescripciones médicas, facturas del proveedor y entrega del medicamento a los usuarios, por lo que hay lugar al pago en las sumas de \$66.560. y \$12.990.

La factura n.º **95265433**, **NO** cumple con los requisitos para su pago, al no allegarse soporte o medio probatorio que acredite la entrega del medicamento al asegurado; pues tan solo se allegó copia del acta de comité técnico científico, recibo del proveedor y prescripción médica, más cuando la pasiva en su glosa, indica que lo cobrado no corresponde a lo facturado por el proveedor. Igual situación acontece con las facturas n.º **95078844 y 95229903**.

Frente a la factura n.º **95188756**, la entidad convocada a juicio, aduce que lo facturado no corresponde a lo indicado por el proveedor, argumento que resulta demostrado con la documental contentiva en el CD, que relaciona los cobros, pues mientras en la solicitud radicada por la demandante se señala la suma de \$166.884, el proveedor hace mención a \$178.884., razón para despachar de manera desfavorable esta suplica; idéntica circunstancia pasa respecto de la factura n.º **95078472**.

Tampoco se ordenará el pago de la factura n.º **95192006**, como quiera que la demandante, no demostró que hubiese pagado al proveedor la suma descrita en la solicitud de cobro.

Los recobros identificados con los números **n.º95191892, 95252073, 95198047, 51539951, 56417081, 25459383 y 95181203** no procederá su pago, toda vez que no se prueba la entrega de los medicamentos para las fechas relacionadas en los formatos expedidos por el ente ministerial, esto es, 20/01/2012, 31/01/2012, 05/01/2012, 18/04/2012, 27/08/2013, 02/08/2011 y 13/02/2012, respectivamente, más cuando, la demandada glosó dichos recobros aduciendo información errada y falta de entrega de la medicina. Mientras que de la factura n.º **95229291**, no se evidencia orden médica, más cuando la suma indicada en la solicitud de recobro, no coincide con la manifestada por el proveedor.

Respecto de la Factura n.º **95229306**, tampoco existe prueba de la entrega del medicamento, ya que si bien se allegó copia de la autorización, la misma indica que fue facilitado el 19 de diciembre, mientras en el formato de solicitud de recobro se indica el 24 de enero de 2012, más cuando la convocada a juicio aduce que la información contenida en el medio magnético, no coincide con lo plasmado en los documentos físicos.

Los recobros **n.º95265373, 95192810, 95078823 y 51588618**, no da cuenta de la entrega del medicamento para la fecha descrita en el formato de solicitud, además que la suma allí enunciada difiere con la expuesta por el proveedor.

Frente al recobro n.º**5171410**, la suma reclamada no es igual a la señalada por el proveedor. Mientras que los identificados con los números **n. 51430279, 95131141 y 95141106**, no da cuenta de orden médica alguna.

En tanto, los recobros n.º**51908888 y 51318572**, no están debidamente documentados, lo que indica que no cuentan con prueba alguna, que permita acreditar, el acta del Comité Técnico Científico o fallo de tutela, la fecha en que se prestó el servicio, la expedición o no de la factura, el valor de ésta y la calenda del recobro, requerimientos que a juicio de la Sala, resultaba necesario para determinar, si se prestó el mismo, si se encontraba o no dentro del POS, si resultaba extemporánea, o si la prestación se vio afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, lo

1043

que indica que al no cumplirse con dichos presupuestos, no resulta posible el pago solicitado, al no existir certeza del surgimiento de la prestación asistencial.

En relación con el recobro n.º **95265228**, el medicamento entregado no se ajusta a lo ordenado en el fallo de tutela.

Por último, se precisa que el medio exceptivo de la prescripción, no afecto ninguna de las condenas enunciadas, como quiera que entre la fecha de prestación del servicio, la calenda de radicación de la factura, la glosa, la conciliación extrajudicial y la presentación de la demanda, no transcurrió el término trienal mencionado en los artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S. (folio 193 y 286ª):

Por los argumentos expuestos, la sentencia de primera instancia será modificada, para en su lugar condenar a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a pagar a favor de SALUD TOTAL EPS S.A., la suma de **\$27.494.129,00**, por procedimientos no contemplados en el POS, suma que deberán ser indexada al momento de su pago.

Costas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA de fecha 11 de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de CONDENAR a a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a pagar a favor de la EPS SALUD TOTAL S.A. la suma de **\$27.494.129,00**, correspondiente a 209 recobros,

suma que deberá ser indexada al momento de su pago, tal como se expuso precedentemente.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA, PERO POR LAS RAZONES AQUÍ EXPUESTAS,

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia queda notificada en estrados.

Los Magistrados



LORENZO TORRES RUSSY

(EN USO DE PERMISO)
CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ultima hoja del proceso ordinario n.º032-2015-00187-01, promovido por SALUD TOTAL EPS S.A vs MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL (MODIFICA SENTENCIA)