



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2017-00309-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EPS SANITAS

DEMANDADO: ADRES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante E.P.S. SANITAS revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 03 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

La ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. -E.P.S. SANITAS- por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 con el fin de que se declare la existencia de la obligación a cargo de los demandados de reconocer y asumir los costos, gastos o erogaciones incurridas por la E.P.S. SANITAS como resultado de la cobertura y suministro efectivo de los servicios NO incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS- (Ahora PBS) y no cubiertos por la UPC, derivados de las órdenes judiciales proferidas en fallos de tutela y/o en atención a las autorizaciones emitidas por el Comité Técnico Científico (CTC) de 119 ítems



contenidos en 48 recobros que ascienden a la suma de \$1.518'065.983 discriminados en la pretensión 4.1. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de \$1.518'065.983 correspondiente a los 119 ítems de 48 recobros discriminados en la pretensión 4.1., junto con los perjuicios en la modalidad de daño emergente, los gastos administrativos, los intereses moratorios, la indexación de manera subsidiaria y las costas del proceso. (fls. 50 a 54 del archivo "02cuadernoFisicoParte2").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la E.P.S. SANITAS autorizó y cubrió la prestación de 119 tecnologías en salud que no se encontraban incluidas en el plan obligatorio de Salud -POS- (hoy PBS) a diferentes usuarios, en cumplimiento de órdenes proferidas en fallos de tutela y/o por Comité Técnico Científico -CTC- de conformidad con la individualización por recobro, usuario y servicios señalada en el hecho 5.1.; que una vez prestados los servicios, medicamentos, insumos, tratamientos y/o procedimientos las Instituciones Prestadoras de Salud IPS, radicaron ante la E.P.S. SANITAS las correspondientes facturas de venta acompañadas de los soportes que acreditan la efectiva prestación de las tecnologías conforme se indica en el cuadro plasmado en el hecho 5.3; que por resultar procedente la E.P.S. SANITAS efectuó el pago de cada una de las facturas descritas en el numeral 5.3; que debido a que los servicios no se encontraban incluidos en el POS la E.P.S. SANITAS procedió a presentar su recobro ante el administrador del encargo fiduciario del FOSYGA cumpliendo la totalidad de los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico; que pese a que las tecnologías suministradas cuya prestación obedeció a órdenes judiciales y/o autorizaciones efectuadas por el Comité Técnico Científico no están incluidas en el POS el Ministerio de Salud y Protección Social glosó los cobros reclamados; que por tratarse de glosas infundadas la E.P.S. SANITAS a través del formato MYT04 objetó algunas de las glosas realizando las aclaraciones y/o correcciones respectivas frente a las presuntas faltas detectadas por la auditoría, sin embargo, el Ministerio de Salud y Protección Social no tuvo en cuenta las objeciones presentadas a las glosas impuestas y ratificó las mismas conforme en el cuadro que se plasma en el hecho 5.9. con fundamento en la



causal de la glosa “Los valores objeto de recobro ya han sido pagados”; que la E.P.S. SANITAS recibió por parte del consorcio el resultado de la auditoría mediante las comunicaciones que se detallan en el acápite de las pruebas numeral 7.1.3.; que con la negativa de la Administradora de los Recursos de la Salud se puso fin a la actuación administrativa; que el suministro de las tecnologías en salud no POS enunciados ha significado un desgaste económico relacionado con la gestión de los mismos, debiendo contar con una estructura administrativa superior para efectos de lograr su atención y oportuna prestación, gastos que no fueron previstos por la EPS ni costeados a través de la UPC y los cuales le generan un perjuicio.. (fls. 54 a 67 archivo “02CuadernoFisicoParte2”)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de responsabilidad del Ministerio de Salud y Protección Social, cobro de lo no debido, inexistencia de obligación, prescripción y la innominada. (fls. 143 a 160 archivo “02CuadernoFisicoParte2”)

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 2, 6 y 9, manifestó no constarle el 1, 3, 4 y 10 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, de la existencia del hecho o culpa exclusiva de la EPS recobrante, improcedencia del pago de intereses moratorios e indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil. (fls. 172 a 198 archivo “02CuadernoFisicoParte2”)

Mediante auto del 17 de septiembre de 2019 el fallador de primera instancia reconoció como **SUCESORA PROCESAL** de la Nación – Ministerio de Salud y



Protección Social a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES como quiera que el artículo 27 del Decreto 1429 de 2016 transfirió a dicho ente todas las obligaciones adquiridas por la dirección de administración de fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y de la Protección Social, por cuanto esta entidad pasó a administrar los recursos del extinto Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA. (fls. 242 a 243 archivo “02CuadernoFisicoParte2”)

Mediante escrito la E.P.S. SANITAS presentó solicitud de **DESISTIMIENTO PARCIAL DE LAS PRETENSIONES** de la demanda primigenia con fundamento en el artículo 314 del C. G. del P., señalando que desiste de las pretensiones referidas en 43 recobros contenidos en 95 ítems que equivalen a la suma de \$1.365'106.676 los cuales se detallan en el cuadro anexo. Por lo anterior, solicita que el trámite procesal de recobros continúe su curso de 5 recobros contenidos en 24 ítems que equivalen a un valor de \$152'959.307 los cuales se detallan en cuadro anexo. (archivo “12DesistimientoParcialSanitas”)

En audiencia del 02 de octubre del 2020 el fallador de primera instancia admite el desistimiento parcial de las pretensiones conforme lo solicitado por la E.P.S. SANITAS. (archivo “15ActaAudienciaArt77”)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS

RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES en su condición de sucesora procesal de la NACION – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL de todas y cada una de las pretensiones que subsistieron en el sub lite posterior al desistimiento parcial presentado por la entidad demandante tanto principales como subsidiarias, lo anterior



específicamente por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. *Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.*

TERCERO: COSTAS. *Lo serán a cargo de la entidad demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. A favor de la accionada” (archivo “22ActaAudienciaArt80Sentencia” y “21AudienciaArt80Sentencia”)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que teniendo en cuenta el desistimiento parcial de las pretensiones presentado por la parte demandante, la parte actora pretende que se declare la existencia de la obligación a cargo de la Nación, de reconocer y asumir los costos gastos y erogaciones incurridas por la promotora de la acción como resultado de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos no incluidos en el POS (ahora PBS) y no costeados por la UPC, correspondientes a cinco **(5) solicitudes de recobros contenidos en veinticuatro (24) ítems, que equivalen a un total de \$152.959.307** además de los perjuicios en la modalidad de daño emergente por concepto de los gastos administrativos inherentes a la gestión, al pago de los intereses de mora, así como las costas y agencias en derecho; y que subsidiariamente solicitó la indexación de las sumas adeudadas.

Indica que correspondía a la parte demandante probar que efectuó los recobros por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud POS autorizados por los comités técnicos científicos de la EPS y/o ordenados por fallos de tutela en el periodo comprendido entre el **29 de enero de 2008 y el 25 de enero de 2009**, en debida forma y que los mismos fueron subsanados en concordancia con las glosas impuestas dando cabal



cumplimiento a los requisitos exigidos en la normatividad vigente para obtener su pago.

Afirma que los recobros del presente asunto corresponden a servicios prestados a diferentes usuarios de la EPS SANITAS en el lapso comprendido entre el: **29 de enero de 2008 y el 25 de enero de 2009.**

Que la fecha radicación de los formularios MYT 01 Y 02 y la fecha de notificación de la glosa MYT 01 Y 02 se dio así:

RADICACION FS	ORIGEN RADICACIÓN	MYTR	FECHA RADICACION	PAQUETE	TIPO DE GLOSA	FECHA DE INFORME DE RESULTADO DE AUDITORIA
21575021	MYT02	30513	15/09/2008	908	OTRAS GLOSAS UNICAS	24/11/2008
21575023	MYT02	30513	15/09/2008	908	OTRAS GLOSAS UNICAS	24/11/2008
21575851	MYT02	30533	15/09/2008	908	OTRAS GLOSAS UNICAS	24/11/2008
42425791	MYT01	42289	15/07/2009	709	OTRAS GLOSAS UNICAS	21/09/2009
43003419	MYT01	47633	9/11/2009	1109	OTRAS GLOSAS UNICAS	22/01/2010

Que la demanda se radicó el **5 de septiembre de 2011** conforme al acta de reparto N° 1740 vista a folio 56 del expediente cuaderno 1.

Que se pudo establecer pues no fue objeto de objeción alguna que de conformidad con los artículos 168 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la Ley 715 de 2001, la EPS SANITAS prestó servicios médicos a diferentes pacientes, según se colige de sus historias clínicas, los recobros y las glosas, por ello, presentó **cinco (5) recobros, contenidos en veinticuatro (24) ítems** a la parte enjuiciada para obtener el respectivo pago, los cuales fueron glosados en términos generales por la parte accionada y que estos se encuentran financiados con cargo a la UPC dentro del POS.

Que las facturas cobradas se encuentran cubiertas con cargo a la UPC. Que el Dictamen Pericial hace un análisis en relación a la cobertura de estas tecnologías. Que no se evidencia que los recobros cobrados estén entre los contemplados en la Nota externa, pues no se evidencia que la glosa se haya informado para la firma encargada de la auditoría integral con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 019 de 2012, toda vez que se tratan de procedimientos que se adelantaron en los años 2009-2010. Aduce que la



Resolución 5261 de 1994 que corresponde al Manual de Procedimientos determina las coberturas pertinentes y se precisa en términos generales lo que podría excluirse. Que en dicho manual se encuentran incluidos los marcapasos y al no especificarse cual de todos los marcapasos entiende el Despacho que se encuentran incluidos dentro del POS. Que al estar incluidos en el plan de beneficios se encuentran financiados los marcapasos con cargo a la UPC que se reconoce en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud lo que implica que en este caso no hay lugar a acceder a las súplicas de la demandada por lo que se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Finalmente, arguye que si bien en la nota externa se dice que los marcapasos tricamerales no estarían incluidos en el POS, lo cierto es que considera el Despacho que una nota técnica no tiene la capacidad normativa de derogar o complementar posiciones legales que establecieron la cobertura del POS en su momento.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante **E.P.S. SANITAS** interpuso recurso de apelación argumentando que tal y como lo manifestó el perito en el Dictamen que fue presentado y controvertido en el proceso, se estima que los servicios que se reclaman mediante 5 recobros corresponden a servicios NO POS y ello se soporta en la nota externa 83073 de 2014 emitida por el Ministerio de Salud. Que el origen de dicha nota externa es porque conforme al Acuerdo 08 y 29 existían diferentes servicios que las EPS y otras entidades recobrantes consideraban que no eran servicios que se encontraban incluidos en el POS. Que el POS se trata de un listado de servicios que deben ser taxativos y que lo que allí no éste indicado claramente no se encuentra en el POS. Que si bien el Marcapasos hace parte del Acuerdo 08 existían diferentes divergencias que se denominan divergencias recurrentes entre las entidades recobrantes y el Ministerio de Salud, pues siempre se estimó que servicios como el Marcapasos tricameral no debía estar dentro del POS, pues son servicios que por su tecnología y complejidad los hacen diferentes y por ende el costo representativo de los mismos es mayor a los otros marcapasos.



Que mediante la Resolución N° 5395 de 2013 artículo 46 se creó el Comité de Definición de Lineamientos Técnicos. Comité que se encargaría de decidir las convergencias divergentes por lo que se expidieron las notas externas, las cuales son vinculantes. Que en la nota externa se dejó establecido que el implante de marcapasos tricameral es NO POS, por lo que conforme al concepto del Comité creado para definir las diferencias los servicios cobrados no se encuentran incluidos dentro del POS, por lo que su costo no debe ser asumido por la EPS SANITAS, lo cual se reafirma con el concepto del perito que dice que no están incluidos en el POS.

Que si bien la norma se refiere a los recobros que se presentaron a partir del Decreto 019 de 2012 ello atiende a que esta norma en virtud del concepto del comité lo que busca es abrir una oportunidad a las entidades recobrantes para que todos esos recobros que no se han presentado con posterioridad a dicho Decreto pudieran presentarse nuevamente y se pudieran evaluar bajo ese contexto. Que estas ventanas no se generan en un tiempo determinado. Que con ello no se están avalando todos los recobros anteriores ya que frente a ellos operan diferentes fenómenos tales como la prescripción o la caducidad. Que la norma que se expide en el 2014 se remite únicamente a los recobros presentados en el año 2012, pues frente a ellos no ha operado la caducidad.

Que la nota externa impone una serie de requisitos. Que tal y como lo dijo el Dictamen pericial el POS es taxativo ello implica que lo que no esté incluido, se encuentra excluido. Que al no encontrarse claramente el servicio de marcapasos tricameral y por el contrario encontrar su soporte en la Nota Externa se establece claramente que es un servicio no incluido en el POS que mediante la Resolución 5521 de 2013 en su artículo segundo el POS determina a que tiene derecho un afiliado en salud y que tecnologías son NO POS, esto en concordancia con la Ley 100 de 1993, el Acuerdo 08 de 2009, Acuerdo 29 de 2011 y la Resolución 5261 de 1994.

Que las notas externas lo que han hecho es dirimir las controversias recurrentes entre las entidades recobrantes y el FOSYGA hoy ADRES. Que con el Dictamen se encuentra plenamente probado que no se encuentran incluidos en el POS y por ello es procedente su reconocimiento. Que todos los



servicios que no estén expresamente incluidos se encuentran excluidos y por tanto la interpretación de este se debe limitar a la constatación de las regulaciones de este tipo y las notas externas. Que las notas externas se deben mirar de una forma más amplia y no solamente limitadas a los recobros que dicha notas permitieron que se presentaran nuevamente y es por ende que es a partir de la misma que se puede concluir que estos servicios no estaban contemplados en los servicios de salud, lo cual fue determinado por el perito en el Dictamen pericial el cual fue controvertido en el expediente quedando plenamente demostrado que los recobros objeto de esta demanda no se encuentran contemplados en el POS y por ello es procedente su reconocimiento en el presente proceso. Solicita se revoque y en su lugar reconozca los recobros junto con los intereses moratorios y los gastos de administración o de manera subsidiaria la indexación.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que el **art. 48 de la Constitución Política** establece que tanto la salud como la seguridad social son servicios públicos que se prestarán bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por su parte, la **Ley 100 de 1993** reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Colombia y de acuerdo con lo establecido en el **art. 182** de la misma normatividad, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS para cada afiliado, el Sistema reconoce a cada EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación UPC, que en últimas viene siendo el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del POS por parte de la EPS, en otras palabras, su objetivo es financiar en su totalidad la ejecución del POS.

El **literal f) del artículo 156 de la precitada Ley 100**, prevé la forma en que son financiadas las EPS para garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados según los parámetros del POS, financiación que garantiza el ente estatal a través, como se dijo, de la denominada unidad de pago por capitación - UPC, y de no encontrarse los medicamentos o



tecnologías requeridos por los usuarios del sistema de salud incluidos en el POS, su valor debía ser reconocido por el Fondo De Solidaridad y Garantía –FOSYGA.

En este asunto se pretende obtener el reconocimiento y pago de unos recobros por servicios prestados por la EPS SANITAS en los años 2008-2009, motivo por el cual pertinente resulta tener en cuenta lo establecido en el **artículo 21 de la ley 1127 de 2007** que dispone:

*“Art. 21: Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, **las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social.** La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social. (...)”*

Por su parte, el Ministerio de Salud con la **Resolución No 003047 de 2008** fijó en su artículo 12 que en el Anexo Técnico No 5 de dicho Acto Administrativo se precisarían los soportes que debían anexarse a las facturas, para cada caso en concreto: Consultas ambulatorias, Servicios Odontológicos Ambulatorios, Exámenes de laboratorio, imágenes y otras ayudas diagnósticas ambulatorias, procedimientos terapéuticos ambulatorios, medicamentos de uso ambulatorio, atención inicial de urgencias, atención de urgencias, servicios de internación o cirugía, ambulancia, honorarios profesionales.

De suerte que una vez presentada la factura con los soportes darán lugar, bien a que se efectúe el pago de la obligación, o a que la entidad deudora presente dentro de los términos y oportunidades previstos en la ley las objeciones correspondientes a través de las respectivas Glosas.

Fue entonces como con **la Ley 1753 de 2015 art. 66** se creó la entidad que pasó a administrar toda actividad desempeñada por el Fosyga, es decir, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, entidad cuya principal función consiste en garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de



recursos del SG-SSS conforme lo dispuesto en el Decreto 2265 de 2017 el cual modificó al Decreto 780 de 2016, asumiendo entonces actualmente el pago de los recobros en virtud de la Resolución 1085 del 10 de mayo, 2438 del 12 de junio y la 2497 de 29 de diciembre todas del 2018 expedidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

El **artículo 7° del Decreto 1281 de 2002** señala que las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las EPS, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el FOSYGA, se deberán presentar a más tardar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas y que vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

A su vez, el **artículo 23 del Decreto 4747 de 2007**, previó la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afectaran total o parcialmente la factura y su trámite¹:

Ese mismo Decreto, es por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo y de conformidad con el artículo 13 literal d) de la Ley 1122 de 2007, consagra que los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de Salud.

El compendio normativo anterior regula la relación entre prestadores de servicios de salud y responsables del pago (EPS), sobre la base de que el prestador del servicio de salud está en la obligación de presentar una factura y sus soportes a los responsables de pago y éstos, a su turno, pagar el valor de manera oportuna.

¹ Normatividad derogada por el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, en el que se redujo a 20 días hábiles el término para presentar las glosas, legislación que empezó a regir a partir de 19 de enero de 2011.



La jurisprudencia de la Corte Constitucional como por ejemplo la **sentencia de tutela T 760 de 2008, 563 de 2013 y 160 de 2014 ha establecido ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS**, como son: **i)** que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, **ii)** que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, **iii)** que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, **iv)** la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna e integridad del paciente².

El **art. 18 de la Resolución 5261 de 1994** señala que para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios.

El **art. 162 de la Ley 100 de 1993** estableció que el sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional y que este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

De lo anterior, se puede claramente deducir que el POS establece de manera taxativa los parámetros que deben cumplir las EPS para la atención del servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la **Resolución 5261 de 1994, Resolución 3099 de 2008, la Resolución 3754 de 2008 y la Resolución 5033 de 2008** teniendo

² Sentencia T-523 de 2011.



en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, esto es, entre el **29 de enero del 2008 y el 25 de enero de 2009**.

Adicionalmente, se dará aplicación al principio de integralidad contenido en la Resolución 5261 de 1994.

Es necesario precisar en este punto que no es de recibo la solicitud de la EPS SANITAS quien en su recurso solicita se aplique el Acuerdo 08 de 2009, el Acuerdo 029 de 2011 y la Resolución 5521 de 2013 como quiera que éstas no se encontraban vigentes para el momento en que se prestaron los servicios que aquí se reclaman.

En el presente caso, observa la Sala que la EPS accionante solicitó el pago de 48 recobros, respecto de dicha pretensión se presentó el desistimiento sobre 43 recobros por la EPS, motivo por el cual se analizará la procedencia o no de 5 recobros en total, frente a los cuales el fallador de primera instancia absolvió a la demandada ADRES por considerar que los servicios prestados se encuentran incluidos dentro del POS.

La E.P.S. SANITAS pretende el cobro de las siguientes 5 facturas:

Datos del Recobro					
No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	No. Item	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha Prestación Servicio
21575021	82030503029	1	ELECTRODO QUICK SITE	\$1.045.000	29/01/2008
		2	INTRODUCTOR PEEL AWAY 7FR	\$161.000	29/01/2008
		3	ELECTRODO PARA MARCAPASO 1782TC	\$858.000	29/01/2008
		4	ELECTRODO CARDIODESFIBRILADOR RIATA 1591	\$6.115.950	29/01/2008
		5	CARDIODESFIBRILADOR V 339	\$31.730.297	29/01/2008
		6	INTRODUCTOR PEEL AWAY 8FR	\$322.000	29/01/2008
		7	INTRODUCTOR APEEL 60 15 MM	\$504.000	29/01/2008
21575023	82030503043	1	ELECTRODO RIATA	\$6.766.882	14/02/2008
		2	INTRO ALLIANCE APEEL	\$469.408	14/02/2008



		3	ELECTRODO QUICK SITE	\$1.185.600	14/02/2008
		4	CARDIODEFIBRILADOR EPIC CON RES	\$35.889.758	14/02/2008
21575851	82030905977	1	CARDIODEFIBRILADOR	\$33.845.650	19/05/2008
		2	ELECTRODO CARDIODEFIBRILADOR RIATA	\$6.115.950	19/05/2008
		3	ELECTRODO QUICK SITE	\$1.064.000	19/05/2008
		4	INTRODUCTOR APEEL 60X15 MM	\$403.200	19/05/2008
		5	INTRODUCTOR PEEL--AWAY	\$128.800	19/05/2008
42425791	94060702065	1	MARCAPASO BIVENTRICULAR FRONTIER II 5596	\$11.470.900	29/07/2008
		2	INTRODUCTORES PEEL AWAY 7FR X 14CM	\$151.176	29/07/2008
		3	INTRODUCTORES PEEL AWAY 7FR X 14CM	\$151.176	29/07/2008
		4	ELECTRODO BIPOLAR 07 1788T 58 SDX	\$575.120	29/07/2008
		5	ELECTRODO BIPOLAR 07 1782TC 52 SDX	\$575.120	29/07/2008
		6	INTRODUCTOR APELL CS PLUS 135 8F 407582	\$473.800	29/07/2008
		7	ELECTRODO QUICK SITE 1056T 86	\$1.140.000	29/07/2008
43003419	94061103321	1	MARCASPASO TRICAMERAL	\$11.816.520	25/01/2009

En el archivo denominado “10ApoyoTecnicoSanitas” se observa que la encartada realizó una única glosa identificada con el código “1-03 y 1-04” referente a “los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga” y señalando en las observaciones que los servicios recobrados están incluidos en el POS, por lo que su valor fue reconocido por la UPC.

Por tanto, en el presente caso la discusión principal radica en que todas las facturas objeto de recobro ya fueron canceladas con la UPC.

Dentro del proceso se encuentra el Dictamen presentado por el perito del cual se apartó el fallador de primera instancia.

Lo primero que debe señalar la Sala es que las 5 facturas cobradas no todas hacen referencia a marcapasos tricamerales, como lo dijo el fallador de primera instancia, sino únicamente la radicada ante el FOSYGA con el número 43003419.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el dictamen pericial rendido en este proceso, el cual determinó que las tecnologías suministradas a través de los mismos, correspondían a tecnologías NO POS; contaba



conforme lo establece el artículo 228 y 231 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, con los mecanismos procesales para controvertirlo, ya sea presentando otro o solicitando la comparecencia del perito a una audiencia, de esta última hizo uso únicamente la parte demandante, por lo que considera esta Sala que es necesario revisar si se encuentran válidas las razones del A quo para apartarse de dicho dictamen, pues lo que se evidencia en principio es que el Perito posee los conocimientos y la formación en la materia y no se encuentra que exista una objeción concreta al dictamen pericial rendido .

Ahora, al revisar los servicios prestados en las facturas objeto de recobro se encuentra que: **las facturas con número de radicación ante el FOSYGA 2175021, 21575023 y 21575851** corresponden a servicios prestados en los cuales se les ordenó a los paciente un **CARDIODESFIBRILADOR** el cual conforme lo explica el perito al rendir su dictamen es un dispositivo que controla permanentemente si se producen alteraciones del ritmo cardiaco, especialmente taquicardias malignas, en cuyo caso las trata de forma automática, bien mediante estímulos o choques eléctricos y, los demás ítems que contienen cada una de estas facturas como son los electrodos o introductores son los elementos necesarios para realizar la implantación de la tecnología que requiere el paciente.

Entonces, como dichos servicios se prestaron el **29 de enero de 2008, el 14 de febrero de 2008 y el 19 de mayo de 2008** respectivamente, es claro que se encontraba vigente la **Resolución 5261 de 1994** y el Decreto 2423 de 1996, de los cuales una vez revisados se desprende, que tal y como lo indicó el Perito en su dictamen, la tecnología recobrada en estas facturas no se encuentra enlistada entre las tecnologías del POS, por lo que es, NO POS y, contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, puede ser recobrada a la ADRES conforme lo solicita la EPS SANITAS.

Es de anotar que al revisar la Resolución 5261 de 1994 con la cual se expidió el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud POS del Sistema General de Salud cuyo propósito fue unificar los criterios en la prestación de los servicios; resolución que como



ya se dijo se encontraba vigente al momento de la prestación del servicio que se recobra en las facturas con número de radicación ante el FOSYGA 2175021, 21575023 y 21575851, se estableció en el artículo 12 que únicamente se incluían los marcapasos para los trastornos cardiacos, sin mencionar otros dispositivos como el CARDIODESFIBRILADOR que es el que se pretende recobrar con estas facturas.

En consecuencia, la tecnología que pretende recobrar la EPS SANITAS en en las facturas con número de radicación ante el FOSYGA 2175021, 21575023 y 21575851, tal y como lo dijo el Perito, es una TECNOLOGIA NO POS y, por tanto, puede ser recobrada.

No obstante lo anterior, no es posible ordenar el pago de las facturas identificadas con los números **21575021, 21575023 y 21575851**, toda vez que al revisar el expediente digital allegado para surtir la apelación, se evidencia que no reposan los fallos de tutelas o Actas del Comité Técnico Científico que permitan verificar si el servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro corresponde o no a lo ordenado en el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico Científico, dejando claro que para estos casos no se aporta ni siquiera orden o prescripción médica; razón por la cual, se absolverá a la demandada del pago de tales recobros.

Ahora, respecto del cobro de las **facturas con número de radicación ante el FOSYGA 42425791 y 43003419** que corresponden a servicios prestados en los cuales se les ordenó a los pacientes un MARCAPASOS BIVENTRICULAR FRONTIER II y un MARCAPASOS TRICAMERAL respectivamente, los cuales conforme lo explica el perito al rendir su dictamen son MARCAPASOS TRICAMERALES, definidos como aparatos electrónicos generadores de impulsos que estimulan artificial y rítmicamente el corazón cuando los marcapasos naturales de este no pueden mantener el ritmo y frecuencias adecuadas y que los demás ítems que contienen cada una de esas facturas como son los electrodos o introductores son los elementos necesarios para realizar la implantación del marcapasos, es necesario señalar que al haberse prestado dichos servicios



el 29 de julio de 2008 y el 25 de enero de 2009 respectivamente, se encontraba vigente la Resolución 5261 de 1994 y el Decreto 2423 de 1996.

Al revisar el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 se observa que en ella, tal y como lo dijo el *A quo*, se incluyen dentro del POS los marcapasos para los trastornos cardiacos, por lo que los servicios cobrados en las facturas con N° de Radicado en el fosalga 42425791 y 43003419 se encuentran incluidos en el POS y no pueden ser cobrados.

Es necesario señalar que si bien en la Nota externa 201433200083073 del 08 de abril de 2014 el Ministerio de Salud señaló que los marcapasos tricamerales no se encontraban incluidos dentro del POS, lo cierto es, que se equivoca el perito al señalar que dicha nota externa pueda ser aplicada en el presente caso, pues nótese que ésta no existía para la fecha en que se prestaron los servicios y por tanto no puede ser aplicada a las facturas aquí recobradas.

Máxime porque en la nota externa se establece de manera clara que aplica para los recobros cuya glosa se haya informado por la firma encargada de adelantar la auditoría integral, con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 019 de 2012, lo cual no ocurre en el presente caso, no siendo posible aplicarla para todos los casos como lo pretende la apelante, pues en ella el Ministerio de Salud señalando claramente en casos podía ser aplicada. Por tanto, tal y como lo señaló el *A quo* los servicios prestados conforme a las facturas con N° de radicado ante el FOSYGA 42425791 y 43003419 se entienden incluidos dentro del POS y por tanto no pueden ser recobrados.

Virtud de lo dicho se confirmará la absolución impartida en primera instancia, por las razones aquí expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO MENDOZA

DEMANDADO: COMPENSAR EPS S.A.

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 00168 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 10 de septiembre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual no accedió a las súplicas de la demanda.

Como fundamento de sus pretensiones el señor Carlos Alberto Mendoza expuso que solicitó cita para ser atendido por medicina general en la Eps accionada, la que le fue asignada el 10 de agosto de 2017 y al asistir a la misma, le indicaron que en el sistema no aparecía, atención al usuario no le dio respuesta alguna, luego de 2 horas le indicaron que no había disponibilidad, que intentó pedir otra cita en el Hospital San Ignacio, pero tuvo que esperar de manera telefónicas 7 horas desistiendo de dicha solicitud, razón por la cual, optó por acudir a un médico externo y de su pecunio cubrió los gastos de exámenes e imágenes diagnósticas para lograr la atención que requería, ya que tales servicios tampoco le fueron suministrados por intermedio del plan complementario de la accionada.

Refiere que al solicitar el reembolso de dichos gastos que ascendieron a \$631.056, para lo cual adjuntó prueba, le negaron su solicitud. (fl. 1)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 10 de septiembre de 2020, resolvió NO acceder a las súplicas de la demanda,

para lo cual señaló en síntesis que el actor había acudido a diferentes prestadores de servicios de salud ajenos a la accionada, servicios que no solicitó ni puso en conocimiento de Compensar y costó de manera particular, no demostrándose la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de Compensar para cubrir las obligaciones frente a su afiliado el señor Carlos Mendoza, quien de manera voluntaria decidió continuar con la prestación de los servicios médicos que requería para el tratamiento de su patología a través de prestadores ajenos a la accionada sin importar si mediaba autorización por parte de esta. (fl. 56)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el demandante indicó que la información suministrada y evaluada por parte de la Eps, no era completa ya que esta no indica qué clase de cita fue asignada el 10/08/2017 no determinan si fue cita de primera vez o de control, de la misma manera no se consolidó el número de citas prioritarias que fueron tomadas por no encontrarse agenda abierta de medicina general alguna en el mes de agosto, o contar con el servicio de urgencias y que fue la principal razón en la cual se optó por tomar servicios externos que su atención fue inmediata.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

*“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., **cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S.** para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada*

de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.” (negrilla fuera del texto original)

Descendiendo al caso bajo estudio se observa de manera clara que los reembolsos reclamados en esta oportunidad por el accionante, no cumplen con los requisitos de la norma transcrita para que proceda el reconocimiento de los mismos, ya que como lo indica la decisión apelada fue una decisión **libre y voluntaria** por parte del actor el haber acudido a los servicios y procedimientos médicos cuyo reembolso reclama, los que acepta esta misma parte, **no fueron autorizados por la Eps accionada**, pues señala en el libelo demandatorio que no logró acceder siquiera a la cita médica para iniciar el tratamiento de su patología, por lo que procedió a solicitar la atención por intermedio de diferentes prestadores de salud, lo cual quedó demostrado en el trámite procesal, sin que se itera obre una orden médica expedida por el médico tratante para el efecto.

Es así como contrario a lo señalado por el recurrente, el sólo padecimiento de una patología, no implica que la EPS deba reconocer todos los gastos en que incurra el afiliado de manera **voluntaria** para el tratamiento de la misma, ya que se itera el reembolso únicamente procede cuando dichos servicios y procedimientos son autorizados por el médico tratante de la EPS, y hay omisión o demora injustificada de esta en proporcionarlos lo que no ocurre en esta oportunidad, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 10 de septiembre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia

Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSEY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: FRANCISCO LUBIN VALENCIA BUSTAMANTE

DEMANDADO: MEDIMAS EPS

RADICADO: 1100122050-00-2022-00655-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 04 de noviembre de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda y, se ordenó a MEDIMAS EPS a reconocer y pagar al actor la suma de \$9'210.000.

ANTECEDENTES

El señor FRANCISCO LUBIN VALENCIA BUSTAMANTE instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a MEDIMAS E.P.S. el reconocimiento económico de la suma de \$9'210.000 correspondiente a los gastos en que incurrió por concepto de la QUERATOPLASTIA PENETRANTE DE OJO IZQUIERDO practicada el 22 de mayo de 2019 en la Clínica Oftalmológica de Antioquia por el oftalmólogo Diego Alejandro Aristizábal Montes y al tratamiento médico posterior a la cirugía (formula médica) valores que debieron ser cubiertos por la EPS MEDIMAS en razón a la afiliación que ostenta el demandante. (fl. 4 cuaderno principal)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que fue sometido a un procedimiento quirúrgico el 07 de enero de 2015 en la clínica oftalmológica

laureles; que el procedimiento efectuado se denominó “FACO + LIO O.I”, de conformidad con el informe quirúrgico y de procedimiento laser suscrito por el oftalmólogo tratante y fue autorizado y cubierto por la EPS SALUDCOOP a la cual se encontraba afiliado el actor; que a partir de noviembre de 2016 inició tratamiento por cuadro de evolución de sensación de cuerpo extraño asociado a ojo rojo, epifora y queratopatía bullosa en ojo izquierdo de conformidad con la historia clínica expedida por la Corporación IPS comfamiliar Camacol-coodan Sede florida Nueva el 11 de noviembre de 2016 en la que se refiere “PSEUDOFAQUIA AO Y QUERATOPATIA BULLOSA OI”; que el 19 de septiembre de 2017 acudió a cita con oftalmología por presentar dolor en el ojo, siendo atendido en la Clínica Oftalmológica Laureles; que el diagnóstico arrojado en la consulta fue “H179 CICATRIZ U OPACIDAD DE LA CORNEA NO ESPECIFICADA, H181 -QUERATOPATIA VASCULAR”, indicándose a su vez como conducta a seguir cita por especialista en cornea para programar trasplante; que el 13 de octubre de 2017 es atendido nuevamente en la Clínica Oftalmológica por cobertura de la EPS MEDIMAS confirmándose el diagnóstico del 19 de septiembre de 2017; que el 19 de enero de 2018 regresó a consulta refiriendo dolor y molestias internas en el ojo izquierdo asociado a pérdida de visión severa y en la cual indicó el médico tratante “ORDEN PARA QUERATOPLASTIA PENETRANTE + IRIDECTOMÍA OJO IZQUIERDO PRIORITARIA”.

Que ese mismo día la EPS MEDIMAS expidió orden de servicios N° 19688822 a favor de la clínica Oftalmológica los Laureles para que esta institución realice los procedimientos ordenados, sin embargo, la institución autorizada manifiesta no estar habilitada por el Ministerio de Salud para efectuar el procedimiento; el 29 de enero de 2018 radicó derecho de petición en la EPS en la que se solicitó proceder con la autorización inmediata del procedimiento ordenado en una entidad médica que pudiese llevar a cabo el procedimiento; que el 26 de febrero de 2018 la EPS MEDIMAS indicó que tenía cita programada con corneología en San Vicente Fundación el 12 de marzo de 2018; que el 09 de abril de 2018 fue atendido y en el diagnóstico y plan entregado se dispone “paciente requiere DMEK en ojo izquierdo. Se da orden en procedimiento, indicando que la cirugía no se realiza en esa institución y se expide la orden médica; que una vez llevada la orden la EPS MEDIMAS manifiesta no contar con contrato vigente con alguna de las

clínicas referenciadas en la orden; que el 17 de mayo de 2018 recibió llamada de la EPS MEDIMAS en la que indican que el procedimiento se lo podrían autorizar en la ciudad de Bogotá toda vez que en la ciudad de Medellín continuaba sin tener convenios, opción que rechazó por su avanzada edad lo cual hacia demasiado complicado el traslado a otra ciudad.

Que el 18 de mayo de 2018 radicó acción de tutela la cual ordenó a la EPS MEDIMAS que en el término de 48 horas procediera a autorizar las órdenes y a practicar el procedimiento ordenado por los médicos tratantes; que ante el incumplimiento se presentó incidente de desacato; que el 23 de julio de 2018 fue atendido en la sede visión total florida Nueva por remisión de la EPS MEDIMAS quien dispuso la realización de “INTERFEROMETIRA”; que el 03 de septiembre de 2018 es nuevamente atendido en esa institución y se le ordenó “QUERATOPLASTIA PENETRANTE SOD OJO IZQUIERDO”; que el 14 de enero de 2019 se asiste nuevamente a cita donde se diagnostica por una vez más la necesidad del trasplante de córnea; que el 11 de febrero de 2019 en donde se le ordena nuevamente la “QUERATOPLASTIA PENETRANTE”; que el 04 de marzo de 019 se radicó derecho de petición ante la EPS MEDIMAS solicitando la expedición de la orden para el procedimiento ordenado; que ante la negligencia extrema de la EPS MEDIMAS pasados 20 meses desde la expedición de la primera orden y viendo que su visión se deterioraba cada día más el afiliado debió optar por la realización del procedimiento de manera particular debiendo cancelar de sus propios recursos la suma de \$9.000.000 por concepto de honorarios médicos, honorarios quirúrgicos, anestesiólogo, tejido corneal e insumos, más los valores del tratamiento médico ordenado con posterioridad al procedimiento el cual tuvo un costo de \$210.000; que solicitud a la EPS MEDIMAS el reembolso de la suma pagada sin obtener una respuesta favorable. (fls. 2 a 3 cuaderno principal)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada **MEDIMAS EPS** contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos sólo contestó los 4 primeros, aceptó

el 3 y manifestó no constarle los demás, propuso como excepción la de incumplimiento de las obligaciones del usuario. Señala que el usuario no solicitó en ningún momento el reembolso de conformidad con el procedimiento establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social. (Cd fl. 29 cuaderno principal)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 04 de noviembre de 2021, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó a MEDIMAS EPS reconocer y pagar a favor del actor la suma de \$9.210.000. Señaló que MEDIMAS EPS vulneró el derecho fundamental a la salud del accionante al incumplir sus obligaciones de aseguramiento en salud, en tanto, no garantizó la prestación efectiva de la queratoplastia penetrante en ojo izquierdo ordenada por el médico tratante desde el día 19 de septiembre de 2017. Que la EPS no actuó con suficiente diligencia al dejar de aplicar el tratamiento oportuno y eficaz. (fls. 12 a 23 cuaderno principal)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, MEDIMAS EPS, interpuso recurso de apelación, argumentando que se encuentra en imposibilidad de cumplimiento teniendo en cuenta que una vez consultada y validada la solicitud realizada por el accionante se encontró que el demandante no ha radicado ante esta entidad solicitud de reembolso. Indica que se evidencia que MEDIMAS EPS ha concedido las autorizaciones en oportunidad y que no obra documento alguno en el que MEDIMAS EPS haya negado el reembolso, toda vez que nunca fue radicado ante la EPS conforme los requisitos de ley. (CD fl. 29).

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”

En aras de resolver el recurso de apelación interpuesto suficiente resulta indicar que no fue objeto de reparo el procedimiento en cuyo gasto incurrió el demandante y el que había sido ordenado por el médico tratante de la EPS demandada, ya que tal circunstancia no mereció ningún reparo por

esta última, de igual forma quedó suficientemente probado que el demandante sufragó por dicho procedimiento la suma de \$9'210.000, como se evidencia en las facturas aportadas al plenario.

La inconformidad de la EPS demandada radica en que considera que no es procedente el reembolso pretendido por el accionante, como quiera que no se radicó ante dicha entidad ninguna petición de reembolso previo a iniciar el presente proceso.

Revisadas las pruebas allegadas se observa que, con la demanda, contrario a lo dicho por el apelante, se aportó “*FORMATO DE SOLICITUD DE REEMBOLSO*” ante MEDIMAS EPS (CD fol. 29), en la cual el accionante realiza la solicitud de reembolso de los dineros que tuvo que sufragar por la cirugía que se le practicó; documento que no fue desconocido, ni tachado de falso por parte de la EPS MEDIMAS.

Adicionalmente, es necesario dejar claro que el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 en ningún momento exige que para acudir a la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se deba presentar reclamación previamente a la EPS accionada, por el contrario, la norma es clara al señalar que el proceso ante la Superintendencia se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Señalando además que la acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad el fallo proferido por la Superintendencia Nacional de Salud.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 04 de noviembre de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2019-00025-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALIRIO HERNÁN SÁNCHEZ LÓPEZ
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada UGPP revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de diciembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la UGPP.

ANTECEDENTES

El señor ALIRIO HERNÁN SÁNCHEZ LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que prestó sus servicios a la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 1979 al 27 de junio de 1999; que es beneficiario de la convención



colectiva de trabajo 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agraria y el Sindicato conformado en la misma “SINTRACREDITARIO”. Como consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer, liquidar y ordenar el pago en favor del demandante de la pensión de jubilación convencional desde el 27 de diciembre de 2012 fecha en que cumplió los 55 años de edad; que se actualice el último salario promedio mensual devengado por el actor aplicando la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE; que se le reconozca las mesadas adicionales de junio y diciembre, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 67 a 68).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero del 16 de febrero de 1979 al 27 de junio de 1999; que el último cargo desempeñado fue el de Director I Grado 07; que el último salario promedio devengado fue de \$1'284.544; que durante toda su relación laboral estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la caja Agraria “SINTRACREDITARIO”; que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999 celebrada el 15 de abril de 1998; que al momento en que fue despedido la convención se encontraba vigente; que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero le dio por terminado su contrato de trabajo sin que mediara justa causa; que el 23 de junio de 2017 cumplió los 55 años de edad; que elevó solicitud ante la UGPP para el reconocimiento de la pensión convencional, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 66 a 67).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 3, 5 y 7, manifestó no constarle el 4, que el 8 no es un hecho y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inaplicabilidad de convenciones colectivas a partir de la promulgación del acto legislativo 01 del 2005, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, prescripción y la genérica. (fls. 81 a 86).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor ALIRIO HERNANDO SÁNCHEZ LÓPEZ tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional suscrita entre la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO S.A. a partir del 23 de junio de 2017 en cuantía inicial de \$2.449.973,33 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la cual deberá reajustar anualmente de conformidad con la ley.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- a reconocer y pagar a favor del demandante ALIRIO HERNANDO SÁNCHEZ LÓPEZ la pensión de jubilación convencional en cuantía inicial de \$2.449.973,33 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la cual deberá reajustar anualmente de conformidad con la ley, sin perjuicio de que la pensión pueda ser compartida y hasta cuando el demandante reúna los requisitos mínimos exigidos por el Sistema General de Pensiones para obtener la pensión de vejez, momento a partir del cual solo quedará obligado a cubrir el mayor valor si lo hubiere.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- a reconocer y pagar a favor del señor ALIRIO HERNANDO SÁNCHEZ LÓPEZ el retroactivo por cada una de las mesadas pensionales causada y exigibles desde el 23 junio de 2017 hasta la fecha en que se realice el pago y se incluya en nómina, debidamente indexado de acuerdo con la variación del IPC certificado por el DANE.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de INAPLICABILIDAD DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN, por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la demandada, fijando como agencia en derecho la suma de \$1.500.000.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior esta decisión por ser adversa a los intereses de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el actor es beneficiario de la pensión convencional, la cual está dirigida a todos



los trabajadores. Que tal y como lo sostiene a CSJ el requisito para acceder a esta pensión es el tiempo de servicios, pues la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad. Que las convenciones colectivas de trabajo perdieron vigencia el 31 de julio de 2010. Que la edad es indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo. Que puede disfrutar de la pensión convencional desde el 23 de julio de 2017 fecha en que cumplió la edad requerida. Que las resultas del proceso adelantado ante el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2017-0039 en nada incide al presente proceso, pues allí se discute un despido sin justa causa y la pensión convencional no exige que el trabajador haya sido despedido sin justa causa. Que la pensión se debe liquidar conforme al artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo tomando como salario promedio del último año la suma de \$1'277.877,17 el cual al actualizarse al año 2017 y sacarle el 75% arroja una mesada inicial de \$2'449.973,33. Que no se tuvieron en cuenta los viáticos, toda vez que no fueron devengados por más de 180 días. Que tiene derecho a 14 mesadas, como quiera que la pensión se causó antes de la vigencia del AL 01 del 2005. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, pues no alcanzó a transcurrir el término trienal exigido. Que la pensión aquí reconocida con la pensión de vejez que COLPENSIONES le pueda llegar a reconocer. Que el retroactivo se debe pagar indexado a la fecha en que se efectúe el pago.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **UGPP** interpuso recurso de apelación argumentando que considero que no se encuentran acreditados los requisitos para el reconocimiento de la pensión sanción, pues la parte demandante no demostró que fue despedida sin justa causa conforme lo exige el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Indica que se separa del criterio del Despacho en cuanto a la edad, pues al 31 de julio del 2010 perdieron vigencia los sistemas pensionales y el actor cumplió la edad en el año 2017.



CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante y la Caja de Crédito Agrario Industrial, la que tuvo vigencia, de manera ininterrumpida entre el 16 de febrero de 1979 al 27 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años conforme se observa de certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, visible a folio 6 del plenario.

Determinado lo anterior, la Sala analizará si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión contemplada en el art. 41 de la convención colectiva con vigencia 1998-1999, no habiendo ofrecido reparo que fue beneficiario de dicho instrumento cuando se encontraba vigente el vínculo laboral que sostuvo con la extinta Caja Agraria, como lo certifica la organización sindical Sintracreditario a folio 25 del expediente.

Ahora, en lo que refiere a la interpretación del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación peticionada de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso del demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación.

Así las cosas, de la simple lectura del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice la norma convencional es que el

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.



trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación **una vez cumplan la edad mencionada**, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

En consecuencia, procede reiterar a la entidad recurrente que el cumplimiento de la edad requerida en la convención bajo análisis, no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Considera la Sala que la interpretación que realizó el juzgado respecto del párrafo transitorio 3° del Acto legislativo 01 de 2005 es acertada, ya que en el presente caso la situación pensional de carácter convencional del actor se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, a la fecha de su retiro del servicio, que quedó determinado, ocurrió antes del año 2005, y por lo tanto, con posterioridad al 31 de julio de 2010, al demandante solo le bastaba alcanzar la edad de los 55 años de edad como única exigencia para consolidar el derecho pensional, los que alcanzó el 23 de junio de 2017 (fl. 4), sin que el límite temporal del 31 de julio de 2010 que estableció el legislador lo afectara, toda vez que la disposición contenida en la primera parte del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, le permitió conservar la expectativa de acceder al derecho pensional, como en efecto ocurrió. En consecuencia, tiene derecho al reconocimiento pensional que depreca en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folio 38 del expediente.

Reconocimiento que debe ser efectuado por la demandada, en virtud de lo previsto en los Decretos 255 de 2000 y 2842 de 2013, este último le otorgó a la entidad demandada la competencia para asumir el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, quedando acreditado en el presente que por ser la prestación a reconocerse, de naturaleza convencional, estaba a cargo de la empleadora del actor, debiendo ser su pago asumido por la demandada.



De otra parte, en el trámite procesal quedó probado que el actor goza de pensión de vejez que le fuera reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, frente a lo cual, procede señalar que de antaño lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que la pensión convencional bajo estudio, tiene el carácter de **compartible** con la de vejez reconocida en este caso por Colpensiones, así lo reiteró en pronunciamiento 76633 del 30 de octubre de 2019, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán:

Para lo anterior, resulta necesario precisar que esta Sala de la Corte ha indicado que la regla general es que las pensiones de jubilación de origen extralegal y la de vejez, cuando aquella se causa con posterioridad al 17 de octubre de 1985, se tornan compartibles, lo que constituye el fundamento esencial de la decisión del tribunal para absolver a la demandada, en tanto dedujo que el derecho pensional fue reconocido el 1° de diciembre de 1987. En sentencia CSJ SL2963-2018, 25 de jul. 2018, se explicó:

Subrogación y compartibilidad

Dada la naturaleza de las pensiones, el legislador desde los inicios del derecho laboral, con la expedición de la Ley 6ª de 1945, previó que el pago de estas sería asumido por el Seguro Social Obligatorio, organización que objetivamente se entendía le resultaba garantista a los asalariados frente al cumplimiento de la referida obligación; pero ante la inexistencia material de dicha entidad en ese momento, pues su surgimiento data de la expedición de la Ley 90 de 1946 y, mientras pudiera hacer efectiva su función, cosa que empezó a ocurrir después del 1° de enero de 1967 de forma paulatina en el país, radicó en cabeza de los empleadores el deber de reconocer y pagar las pensiones.

Posteriormente, y ante el hecho de que los trabajadores pueden ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación; así expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente dispuso:

COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, **el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.** (Negrillas y subrayado de la Sala).*



PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, al haberse causado el derecho pensional de jubilación del actor como se vio, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, esta resulta compatible con la de vejez que le pueda llegar a reconocer COLPENSIONES debiendo en caso tal reconocer a la aquí demandada el mayor valor causado entre la de vejez y la de jubilación como se señala en primera instancia.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en apelación como en **consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso a folio 4 del plenario se observa que el actor alcanzó los 55 años de edad el 23 de junio de 2017, presentando la primera reclamación ante la demandada de la pensión bajo estudio, el 28 de mayo de 2018, como se observa a folio 11 del plenario y, se impetró la presente demanda, el 14 de enero de 2019 (fl. 77), por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia.

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, se observa que en documental visible a folios 6, el Ministerio de Agricultura, señaló los valores del factor fijo y factor variable devengados por el actor en el último año de servicios, liquidación que se ajusta a las previsiones del parágrafo 3 del artículo 41 de la convención colectiva cuya aplicación se invoca, teniendo como resultado la suma de \$1'284.544, suma a la que se le debe descontar la suma que fue certificada por concepto de viáticos, como quiera que la falladora de primera instancia señaló que no podían tenerse en cuenta, pues dichos



viáticos no habían sido devengados por 180 días conforme lo exige la convención colectiva, lo cual no mereció ningún reparo de la parte demandante. Por tanto, se tendrá como salario promedio del último año de servicios la suma de **\$1'277.877,33**, suma señalada por el *A quo*. A esta suma se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 75% y dicho resultado debe ser indexado al 23 de junio de 2017, actualización que es procedente para todas las pensiones, con independencia de su origen, cuestión que se definió por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 29022 del treinta y uno (31) de julio dos mil siete (2007).

Liquidada la primera mesada pensional en los anteriores términos, se observa conforme liquidación efectuada por el grupo liquidador de esta Corporación y que se anexa a este pronunciamiento, se obtiene que la primera mesada pensional a reconocer por la entidad demandada, para el año 2017 ascendería a \$2'450.229,78; suma ligeramente superior a la señalada por el fallador de primera instancia (\$2'449.973,33); sin embargo, teniendo en cuenta que esto no fue apelado y, no puede hacerse más gravosa la situación de la UGPP único apelante, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

Por último, respecto al argumento de la recurrente UGPP en sus alegatos encaminado a la absolución por concepto de condena en costas, suficiente resulta señalar que esto no fue apelado por lo que se trata de un punto nuevo y por tanto, no se hará ningún pronunciamiento al respecto.

En estos términos la decisión recurrida se encuentra ajustada a derecho, por lo que se **confirmará** en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-00640-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ PEÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCION y Colpensiones y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y COLPENSIONES.



ANTECEDENTES

La señora MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ PEÑA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia o nulidad del traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLMENA; que está válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que se condene a la AFP PROTECCION a reportar la novedad al Sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones (SIAFP) quedando válidamente asignada a COLPENSIONES; que se condene a la AFP PROTECCIÓN que proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con los rendimientos frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; que se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y recibir todos los aportes girados por la AFP PROTECCION, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 76 a 77 archivo 001 PO).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 17 de marzo de 1992 se vinculó laboralmente con la Caja Colombiana de Subsidio y, a través de esta empresa del sector privado comenzó a cotizar en el RPMPD; que el 24 de junio de 1999 se trasladó a la AFP COLMENA; que mientras laboraba el 24 de junio de 1999 recibió la visita de un asesor del fondo de pensiones COLMENA, quien le indicó que al trasladarse a esa administradora podía tener una pensión mayor que con el ISS y, que el ISS tenía problemas por lo que se iba a acabar y sus aportes se perderían; que el asesor guardó silencio frente a la información que debía suministrarle; que presentó reclamación ante COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN. (fls. 77 a 79 archivo 001 PO).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos no hizo ninguna manifestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls. 104 a 106 archivo 001 PO).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., respecto de los hechos aceptó el 3, 22 y 28, dijo no constarle el 1, 2 y 27 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (archivo 003 CONTESTACION).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante MARIA CRISTINA MARTINEZ PEÑA del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCION S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses y rendimientos.



TERCERO: ORDENAR a PROTECCION S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCION S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PROTECCIÓN S.A.

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

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de PROTECCION S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.” (ARCHIVO 015. Acta Aud Art 77 y 80 C. P. T. y la S.S.)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria es de la AFP quien no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado. Que la falta de información no se sana con el transcurso del tiempo ni con los traslados horizontales. Que es un derecho imprescriptible.



RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN**, recurrió señalando que, no procede la devolución de los gastos de administración por ser un descuento autorizado por la ley, en donde de manera expresa se permite dicho descuento para cubrir los gastos de administración y la prima previsional. Señala que además es un descuento que opera en ambos regímenes. Que con los rendimientos se prueba que los aportes de la demandante fueron debidamente administrados. Que con la devolución de gastos de administración más los rendimientos se está generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Que si la consecuencia es que todo vuelva al estado anterior. Que PROTECCIÓN no debe trasladar los rendimientos generados por comisión de administración. Que se están desconociendo las restituciones mutuas. Que la Superintendencia Financiera indicó en concepto de 2017 que cuando se decreta la ineficacia de un traslado únicamente debe ordenarse la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, sin ordenar la devolución de los gastos de administración. Que frente a los gastos de administración si opera el fenómeno prescriptivo.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** recurrió señalando que la demandante se encuentra incurso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Cristina Martínez Peña, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., en el año 1999. (fl. 8 archivo 001 PO).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de



la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma



de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora María Cristina Martínez Peña, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la



obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.



De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLMENA hoy Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el Seguro Social estaba en crisis y no tenía como pagar las pensiones y que al trasladarse las garantías para pensión iban a ser muy buenas.

De igual manera y si bien al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que un afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la información exigida al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la ineficacia y la nulidad de traslado, lo cierto es que, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema



de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

No siendo de recibo tampoco que Colpensiones alegue tanto en el recurso como en sus alegatos la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1818 del 3 de mayo de 2021 esto no tiene ninguna incidencia en los casos en que se solicita la ineficacia del traslado, pues para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicitan la AFP Protección S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a



estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Protección, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Protección S.A, en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Protección S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en las alegaciones, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de



gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionaré** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07-2019-00694-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MERY ESPERANZA TAVERA LEÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. CINDY BRILLITH BAUTISTACARDENAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.361.225 y tarjeta profesional No. 237.264 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **PAULA HUERTAS BORDA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y tarjeta profesional No. 369.744 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y Colpensiones y, del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas la AFP PORVENIR y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora MERY ESPERANZA TAVERA LEÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la “ANULACIÓN POR INEFICACIA” del traslado al RAIS ante la omisión de la AFP PORVENIR del deber profesional de información; se ordene su traslado a COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; se ordene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a la AFP PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los valores que recibió por motivo de la afiliación o traslado como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado sin descontar ningún valor por mesadas pensionales, gastos de administración; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo 01CuadernoFísico).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en pensiones a partir del 01 de enero de 1995 administrado



por el RPMPD administrado por el extinto Seguro Social hoy COLPENSIONES; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS afiliándose a PORVENIR el 05 de septiembre de 2000; que PORVENIR realizó el traslado en el formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS y las consecuencias de abandonar el RPMPD; que solicitó la anulación de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 2 a 4 archivo 01CuadernoFísico).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 2º, negó el 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 15 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe. (fls. 134 a 156 archivo 01CuadernoFísico).

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1º, negó el 14 y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, o procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls. 163 a 199 archivo 01CuadernoFísico).

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se allanó a las pretensiones de la demanda. (fl. 134 archivo 01CuadernoFísico)



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“1. Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señor MERY ESPERANZA TAVERA LEON con la AFP PORVENIR SA el 5 DE SEPTIEMBRE contenida en formulario 11435500 FOLIO 28 Y con la COLFONDOS SA el 28 DE NOVIEMBRE DE 2014 contenida en formulario 11605432 folio 47.

2. ORDENAR a COLFONDOS SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MERY ESPERANZA TAVERA LEON 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.

3. Igualmente COLFONDOS Y POVENIR deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

4. ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

5. Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y LA SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS SA

5. Se condena en costas a PORVENIR S y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. NO HAY LUGAR A CONDENA EN COSTAS CONTRA COLFONDOS Y COLPENSIONES.

6. REMITASE EN CONSULTA.” (archivo 31 ActaSentencia)



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la AFP tenía la obligación de brindar la información a la demandante al momento del traslado, sin importar si tenía un derecho adquirido o era beneficiaria del régimen de transición. Que nos encontramos frente a una negación indefinida. Que no existe ningún medio de convicción de que se haya brindado la información al momento del traslado. Que no hubo confesión de la demandante por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, recurrió señalando que, que la demandante nunca se acercó a dicha entidad a verificar si la información que se le dio al momento del traslado era cierta. Que la demandante ha realizado diferentes afiliaciones horizontales dentro del RAIS. Que la actora presentó reclamación cuando ya se encontraba dentro de la prohibición legal de la Ley 797 del 2003. Que con la decisión de primera instancia se afecta la sostenibilidad financiera, pues se descapitaliza el fondo común. Solicita se absuelva de las costas de segunda instancia.

Por su parte, la **AFP PORVENIR** recurrió señalando que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 habla de la libertad de escogencia de régimen pero nada dice sobre el deber de información, ni se indicaba cuál era la información que debía suministrarse. Solicita no se imponga condena por los gastos de administración en razón de las restituciones mutuas, pues si el traslado dejó de existir no podrían devolverse los rendimientos financieros. Que las primas previsionales ya cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Que al ordenar devolver los gastos de administración se genera un enriquecimiento sin causa. Que frente a los gastos de administración si opera el fenómeno prescriptivo.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Mery Esperanza Tavera León, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR S.A., en el año 2000 (fl. 18 archivo 01CuadernoFísico) y, posteriormente a la AFP COLFONDOS el 28 de noviembre de 2014. (fl. 47 archivo 01CuadernoFísico).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente



buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Mery Esperanza Tavera León, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:



(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en



múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

De igual manera y si bien a la afiliada también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que un afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la información exigida al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Procede señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente COLPENSIONES, los traslados horizontales que efectuara la actora dentro



del RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticona la anulación, lo cierto es que, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

No siendo de recibo tampoco que Colpensiones alegue tanto en el recurso como en sus alegatos la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1818 del 3 de mayo de 2021 esto no tiene ninguna incidencia en los casos en que se solicita la ineficacia del traslado, pues para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PORVENIR S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Porvenir, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A, en sus alegatos, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que



reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Protección S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2018-00587-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA

DEMANDADO: ELISYUM S.A.S. Y ALFREDO ERNESTO HOYOS ARIZA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 03 de junio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la liquidación del contrato que celebró con ELISYUM S.A.S. y



ALFREDO HOYOS ARIZA con la demandante entre el 01 de octubre de 2012 al 31 de mayo de 2017 no se hizo conforme la ley, dada la omisión de los conceptos legales como es el salario y las garantías laborales establecidas en el C.S.T.; que se efectúe la corrección y pago de salarios adeudados y la sanción moratoria.

Igualmente solicita se declare la existencia de un contrato realidad (contrato de trabajo a término fijo de 3 años) entre ELISYUM S.A.S. y ALFREDO HOYO ARIZA como empleadores y la demandante como trabajadora entre el 31 de mayo de 2017 al 31 de mayo de 2020, el cual terminó por despido sin justa causa por parte del empleador. Como consecuencia, se condene a la liquidación del contrato de trabajo y la indemnización del contrato sin justa causa, las indemnizaciones moratorias y las costas del proceso. (fl. 9 a 10).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la demandante celebró contrato de trabajo verbal con ALFREDO HOYOS ARIZA bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de octubre de 2012 con una remuneración mensual de \$2'000.000, más \$3'000.000 que se pagaban en efectivo y un 10% de comisiones las cuales eran pagadas de conformidad con los resultados del trabajo, por lo que las comisiones también constituyen salario; que el 01 de abril de 2013 las partes deciden estipular un contrato por escrito a término indefinido para formalizar la relación laboral ya existente; que el 19 de mayo de 2016 se le expidió certificación laboral en la que aparece que el salario básico correspondía a \$5'000.000 y que \$3'000.000 eran consideradas comisiones; que el 20 de mayo de 2016 se le expide otra certificación laboral; que la terminación del contrato se dio por un cambio en la modalidad contractual; propuesto por el empleador; que la liquidación del contrato no se realizó con el salario correcto; que desde el 31 de mayo de 2017 se modificó la modalidad contractual y pasó a ser un contrato de prestación de servicios profesionales a término fijo por 3 años con una remuneración mensual de 2000USD más comisiones de trabajo; que al cambiar la modalidad contractual siguió desempeñando las mismas funciones; que el contrato de



prestación de servicios era mera formalidad; que siempre estuvo subordinada; que jamás le fue liquidado este contrato; que el 13 de noviembre de 2017 al encontrarse en estado de embarazo se realizó la cesión del contrato, de la cual jamás percibió ingreso distinto que el pago de salario de los accionados como lo certificó la contadora; que el 12 de febrero de 2018 se dio por terminado el contrato de trabajo; que sus derechos fueron amparados de manera transitoria por el Juez Constitucional. (fls. 1 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **ELISYUM S.A.S. y ALFREDO HOYOS ARIZA** se opusieron a la totalidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 24 y 27, que los números 10, 13 y 20 no eran hechos y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó improcedencia sobre la afirmación de coexistencia de contratos entre las partes, cobro de lo no debido por concepto de comisiones inexistentes durante la vigencia de la relación laboral entre Elisyum S.A.S. y la demandante desde el 01 de agosto de 2013 al 31 de mayo de 2017 para la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante, inexistencia de una relación de carácter laboral sin solución de continuidad durante el período en que se desarrolló el contrato de prestación de servicios profesionales entre Elisyum S.A.S. y Alfredo Hoyos y la demandante, la demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, exoneración de sanciones laborales por buena fe, mala fe del demandante, enriquecimiento sin justa causa, compensación, prescripción y la genérica. (fls. 299 a 331).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora **TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA** y los demandados existieron los siguientes contratos de trabajo a término indefinido:



No.	EMPLEADOR	TIPO DE CONTRATO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
1	Alfredo Ernesto Hoyos Ariza.	Término Indefinido	1/10/2012	30/07/2013
2	Elysium S.A.S.	Término Indefinido	1/08/2013	31/05/2017
3	Elysium S.A.S. y Alfredo Ernesto Hoyos Ariza.	Término Indefinido	1/06/2017	13/11/2017

Acorde a las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO. - CONDENAR al señor **ALFREDO ERNESTO HOYOS ARIZA**, a cancelar a favor de la señora **TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA**, al pago de las siguientes sumas de dinero:

a. CONDENAR al señor **ALFREDO ERNESTO HOYOS ARIZA**, pagar a favor del demandante los aportes para el riesgo de pensión, causados durante la vigencia del contrato de trabajo, esto es del el **1 de octubre de 2012 al 30 de julio de 2013**, ante la entidad a la cual se encuentre afiliada la demandante o se afilie, a través de cálculo actuarial realizado por dicha entidad, y con base en salario aquí declarado, esto es, la suma de \$2.000.000, previo cálculo actuarial que realice el mismo por todo el tiempo laborado y con base en el salario (IBC) ya señalado; para tal efecto, se concederá al demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliado; y en caso de guardar silencio al respecto, será el demandado el que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad del actor; así mismo, se le concede al accionado un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el demandante.

TERCERO. - CONDENAR a la sociedad **ELYSIUM S.A.S**, a cancelar a favor de la señora **TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA**, al pago de reliquidación de las siguientes sumas de dinero:

a. \$7.666.667,00, por concepto de diferencia auxilio de cesantías.



- b. \$803.333,00, por concepto de diferencia intereses a las cesantías*
- c. \$7.666.667,00, por concepto de diferencia prima de servicios*
- d. \$3.833.333,00, por concepto de diferencia vacaciones*
- e. \$, 166.666,67 diarios, arrojando una moratoria por 720 días por valor de \$120.000.000,00 y más los intereses moratorios corrientes al día de hoy por la suma de \$5.463.316,00, sin perjuicio de los que se sigan causando en adelante.*
- f. **CONDENAR** a la sociedad **ELYSIUM S.A.S**, pagar a favor del demandante la diferencia de los aportes para el riesgo de pensión, causados durante la vigencia del contrato de trabajo, esto es del el **1 de agosto de 2013 al 31 de mayo de 2017**, ante la entidad a la cual se encuentre afiliada la demandante o se afilie, a través de cálculo actuarial realizado por dicha entidad, y con base en la diferencia salarial aquí declarada, esto es, la suma de \$2.000.000, previo cálculo actuarial que realice el mismo por todo el tiempo laborado y con base en el salario (IBC) ya señalado; para tal efecto, se concederá al demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliado; y en caso de guardar silencio al respecto, será el demandado el que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad del actor; así mismo, se le concede al accionado un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el demandante.*

CUARTO. - CONDENAR a la sociedad **ELYSIUM S.A.S.** y al señor **ALFREDO ERNESTO HOYOS ARIZA**, a cancelar a favor de la señora **TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA**, al pago de las siguientes sumas de dinero:

- a. \$10.611.925,00, por concepto de auxilio de cesantías.*
- b. \$576.581,00, por concepto de intereses a las cesantías*
- c. \$10.611.925,00, por concepto de prima de servicios*
- d. \$5.305.96,00, por concepto de vacaciones*
- e. \$781.246,03 diarios, arrojando una moratoria por 720 días por valor de \$562.497.144,00 y más los intereses moratorios corrientes*



al día de hoy por la suma de **\$5.653.622,00**, sin perjuicio de los que se sigan causando en adelante.

f. CONDENAR a la sociedad **ELYSIUM S.A.S.** y al señor **ALFREDO ERNESTO HOYOS ARIZA**, pagar a favor del demandante la diferencia de los aportes para el riesgo de pensión, causados durante la vigencia del contrato de trabajo, esto es del el **1 de junio de 2017 al 13 de noviembre de 2017**, ante la entidad a la cual se encuentre afiliada la demandante o se afilie, a través de cálculo actuarial realizado por dicha entidad, y con base en el salario aquí declarado, esto es, la suma de \$23.437.381,00, **no obstante, como el salario variable convertido a pesos colombianos excede el tope máximo, se ordenará que se realice teniendo en cuenta dicha previsión del art. 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003**, previo cálculo actuarial que realice el mismo por todo el tiempo laborado y con base en el salario (IBC) ya señalado; para tal efecto, se concederá al demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste a qué administradora de pensiones se afiliará o se encuentra afiliado; y en caso de guardar silencio al respecto, será el demandado el que elegirá dicho fondo pensional 5 días después de que venza la oportunidad del actor; así mismo, se le concede al accionado un término adicional de 5 días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente, y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento que la parte demandada no cumpla con su obligación de solicitar el cálculo actuarial, tal diligencia deberá adelantarla el demandante.

QUINTO. - ABSOLVER a los demandados de las demás condenas solicitadas por la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. - AUTORIZAR a los demandados a descontar las sumas canceladas, por valor de \$23.208.000, la cual realizaron en virtud del cumplimiento de la Acción Constitucional fallada en favor de la actora.

SEPTIMO. - CONDENAR en costas a la parte demandada, parte demandada, esto es, **ELYSIUM S.A.S.** y señor **ALFREDO ERNESTO HOYOS ARIZA**. señálense como agencias en derecho la suma de



\$7.000.000, valor que deberá ser cancelado por cada uno de los demandados a favor de la parte demandante.

OCTAVO. - **DECLARAR** *probada parcialmente la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

NOVENO. - *Contra la presente providencia procede el recurso de apelación.” (fls. 844 a 846)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis en lo que interesa al recurso que se debían declarar tres contratos de trabajo así:

El primero, del 01 de octubre del 2012 al 30 de julio de 2013. Señaló que el empleador fue Alfredo Ernesto Hoyos Ariza. Que para este contrato la demandante probó la prestación personal del servicio con las certificaciones laborales aportadas. Que no se desvirtuó la subordinación, por lo que se debe declarar la existencia del contrato de trabajo. Que no se puede señalar que el contrato se celebró con la empresa ELISYUM S.A.S. como quiera que esta sólo fue constituida el 28 de mayo del 2013. Que frente a este contrato no se imparte ninguna condena, pues las acreencias laborales reclamadas se encuentran prescritas.

El segundo, del 01 de agosto de 2013 al 31 de mayo del 2017. Señaló que el empleador fue ELISYUM S.A.S. Que no existe duda de este contrato de trabajo, pues se aportó el contrato de trabajo y los comprobantes de nómina. Señaló que se debe declarar que el sueldo básico era de \$5.000.000 conforme la certificación expedida por el empleador, lo cual se corrobora con la declaración de la señora Angelica Hernández quien señaló que el salario de la demandante era de aproximadamente de \$5'000.000. Indica que se absuelve del valor de las comisiones, pues no se demostró que se hayan pagado de manera permanente, ni el porcentaje de la comisión, ni los valores sobre los cuales se debe aplicar el porcentaje. Se ordena la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.



El tercero, del 01 de junio de 2017 al 13 de noviembre de 2017. Señaló que la parte actora probó la prestación del servicio con el contrato de prestación del servicio, por lo que nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo. Que no se desvirtuó la presunción de existencia de un contrato de trabajo. Que la testigo Angelica Hernández señaló que la demandante cumplía horario de trabajo. Que se debe condenar a pagar las prestaciones sociales y vacaciones de este contrato. Que sólo se condena hasta el 13 de noviembre de 2017 porque en esa fecha la demandante cedió el contrato.

Que se debe condenar al pago de la indemnización moratoria porque el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena fe.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, no está de acuerdo con el extremo final del tercer contrato de trabajo, pues no está de acuerdo en que al firmar un contrato con la empresa demandada y realizar una cesión personal se elimine la posibilidad de extender el contrato realidad hasta la desvinculación en el mes de febrero del año siguiente. Indica que existen precedentes de la CSJ frente a las cooperativas de trabajo asociado en las que al existir una persona jurídica no significaba que no se prestara el servicio de manera personal. Que hay muchas sentencias de EST y que ahora está ocurriendo con las sociedades anónimas y por acciones simplificadas. Afirma que el hecho de que en el expediente haya una certificación de una contadora fedataria que no fue llamada a interrogatorio por la parte demandada prueba que el único ingreso que percibía la empresa era el que recibía del empleador ELISYUM S.A.S. Que existe una ficción legal, que la cesión que se dio fue una ficción legal. Que el Juez de Tutela permite la protección de la estabilidad laboral reforzada de la demandante pese a que el argumento principal de la demandada era la existencia de esta empresa a la cual la actora le cedió el contrato, porque con lo poco que se pudo poner de presente en su momento se dejó claro que la prestación personal siguió exactamente igual.

El segundo punto de inconformidad radica en cuanto al tema de la inversión de la carga de la prueba. Señala que es conocido el principio de la carga



dinámica de la prueba. Que hay casos en que a la parte demandante le queda imposible aportar las pruebas y lo debe hacer la parte demandada por lealtad procesal, pues sólo ella las tiene en su poder. Que no fue posible para ellos ni siquiera acceder al correo electrónico porque tal y como lo dijeron los convocados ellos borrarón el correo de la demandante cuando fue despedida. Que era imposible acceder a los documentos del comerciante porque conforme el Código de Comercio son documentos sometidos a ciertos privilegios de confidencialidad. Que desafortunadamente dichos documentos sólo podían ser anexados por la demandada. Que el no aportarlos tiene una sanción y es presumirse ciertos los hechos que se afirman en contra de la demandada. Que la demandada no demostró que en sus estados financieros no hubiera retribuciones por comisiones. Que no puede ser que la parte débil dependa de la carga probatoria.

La **parte demandada** interpone recurso de apelación argumentando que en cuanto al contrato que se declaró con el señor Alfredo Hoyos el 01 de octubre de 2012 no existe ninguna prueba de que la demandante le haya prestado los servicios. Indica que el señor Hoyos en el interrogatorio de parte fue claro al señalar que sólo suscribió contrato con la demandante desde el 01 de abril de 2013, pues con anterioridad a esa fecha el demandado ni siquiera se encontraba en Colombia. Que se aportaron todos los cursos que estaba adelantando el demandado para esa época. Que el Juez ordenó pagar aportes a pensión de abril a julio de 2013, sin embargo, para esa fecha ya tenían contrato de trabajo y se le pagaron los aportes. Que no está de acuerdo con el salario declarado para la segunda relación laboral entre la demandante y ELISYUM S.A.S. entre agosto de 2013 y el 31 de mayo de 2017, pues el salario devengado por la demandante era de \$3'000.000, pero que el salario básico nunca fue de \$5'000.000 como dijo el Juez. Que podía haber recibido comisiones máximo por \$2'000.000, lo cual fue corroborado por OLGA RODRÍGUEZ, quien era la persona encargada de esos pagos de manera administrativa. Que no se entiende como se llegó a la conclusión de los \$5'000.000. Que se debe revisar lo pactado en el contrato de trabajo, pues allí se pactó la naturaleza no salarial de cualquier pago que recibiera la demandante en adición de su salario básico, pues éstos provenían de la mera liberalidad de la compañía, sin tener que cumplir objetivos. Que no



se probó ningún procedimiento para el pago de comisiones o bonificaciones. Que no fueron pagos habituales.

En cuanto a la indemnización moratoria señaló que no se tuvo en cuenta ninguno de los fundamentos que se probaron dentro de la contestación de la demanda y en cada una de las pruebas allegadas oportunamente al proceso y de acuerdo con las declaraciones practicadas, por lo que no puede hablarse de mala fe por parte de la demandada. Que era la demandante quien por falta de ética solicitaba que se le pusiera en las certificaciones el valor que ella quisiera y que nunca pidió su corrección. Que se debe tener en cuenta la posición de la demandante al interior de la compañía como Gerente de Proyectos y ordenadora del gasto. Que se desconoce el precedente jurisprudencial de los actos propios. Que no es válido que una persona en su condición de Gerente decida como se va hacer su pago. Que no era procedente ordenar la reliquidación de las acreencias laborales sobre un básico de \$5'000.000, mucho menos condenar al pago de la indemnización moratoria. Que la jurisprudencia exige la mala fe.

Que en cuanto a la declaratoria del tercer contrato de trabajo se desconocieron las pruebas que obran en el plenario. Que obra prueba en el anexo 1 del contrato el cual fue diligenciado por la misma demandante, quien envió a la demandada para efectos de la nueva remuneración. Que la demandante estuvo asesorada por su abogada como se observa en las cuentas de cobro. Que lo que se evidencia es que entre las partes existió una nueva negociación. Que no es cierto que se haya simulado un contrato de trabajo a través de un contrato de prestación de servicios. Que el Juzgado sólo hace mención a unas actas de seguimiento que se suscribieron durante la relación laboral pero que olvidó por completo los demás argumentos probatorios que le fueron presentados y que obran dentro del plenario. Que le solicita al Tribunal tener en cuenta que hubo una negociación cuya prueba es el anexo 1 del contrato y que tal y como se explicó en la declaración de parte si bien el Doctor Hoyos impartía cursos de capacitación sobre cirugías plásticas en todo el mundo la idea era crear, registrar y posicionar estos cursos como una marca.



Indica que lo que se buscaba con el contrato de prestación de servicios era que la demandante se encargara de crear un proyecto para posicionar la marca. Que la demandante fue contratada como contratista por su calidad de empresaria y experta en la materia y prueba de esto es que durante el 2017 escribió un libro mientras estaba contratada por prestación de servicios y que en su libro hizo mención al Doctor Hoyos. Que la demandante creó su propia marca llamada Tamara Páez en la cual se publicitó para los lectores como una empresaria independiente. Que la demandante tenía una página web en la que publicitaba varias empresas y obraba como representante legal de una empresa por lo que era contratista independiente. Que la demandante no estaba subordinada, que era autónoma e independiente. Que Yoana Poveda fue clara al señalar que la demandante prestaba sus servicios desde la oficina de su esposo donde ella actuaba como representante legal de la empresa. Que no es cierto que haya continuado con las mismas funciones que tenía con ELISYUM S.A.S. que la demandante en el tercer contrato fue contratada para posicionar la marca lo cual era diferente a lo que hacía en ELISYUM S.A.S. Que no se tuvo en cuenta el testimonio de Yolanda Peñuela, quien manifestó que la demandante tenía plena autonomía para disponer de los dineros y que ella misma descontaba el valor de sus honorarios. Que no existe ninguna prueba de que se le impartieran órdenes. Que lo que se prueba es que la demandante le ofrecía sus servicios a terceros, por lo que solicita se revoquen las condenas.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá el recurso, precisando que solo puede esta corporación resolver los puntos sustentados en forma oral en la audiencia de juzgamiento dado que ningún otro argumento puede presentarse en las alegaciones de instancia, pues éstas solo pueden dar apoyo a la sustentación.

En ese orden las inconformidades que procede a resolver la Sala son: (i)



extremo inicial del primer contrato de trabajo; (ii) aportes a pensión de abril a julio de 2013; (iii) salario devengado en el segundo contrato de trabajo; (iv) declaratoria del tercer contrato de trabajo y extremo final del mismo y, (v) revocatoria de la indemnización moratoria.

Extremo inicial del primer contrato de trabajo

En cuanto al primer contrato de trabajo el cual fue declarado por el fallador de primera instancia entre la demandante (trabajadora) y el señor Alfredo Ernesto Hoyos Ariza como persona natural (empleador) entre el 01 de octubre de 2012 al 30 de julio de 2013, la inconformidad de la parte demandada radica en que sostiene que dicho contrato **sólo se suscribió desde el 01 de abril del 2013**, pues señala que con anterioridad a esa fecha no existe ninguna prueba de la prestación del servicio por parte de la actora frente al señor Hoyos aquí demandado; lo cual no es cierto, como quiera que a folio 58 se allegó certificación laboral expedida por el señor Alfredo Ernesto Hoyos Ariza el 20 de mayo de 2016 en la cual señala que TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA aquí demandante le presta sus servicios desde octubre de 2012; documento que no fue desconocido, ni tachado por la parte demandada al contestar la demanda. Adicionalmente, el demandado Alfredo Ernesto Hoyos expide otra certificación el 12 de diciembre de 2014, en los mismos términos en la cual también señala que la demandante le prestó sus servicios desde octubre del 2012 (fl. 60), documento que tampoco fue tachado, ni desconocido por la parte demandada.

Ahora, en cuanto al valor probatorio que se le debe otorgar a las certificaciones laborales expedidas por los empleadores, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al señalar de manera reiterada entre otras en la sentencia SL 1445 del 26 de abril de 2022, que se debe tener como un hecho cierto el contenido de las certificaciones expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad, por lo que en este caso al haber certificado el señor Alfredo Ernesto Hoyos Ariza que la demandante le prestaba sus servicios desde octubre del 2012, le



correspondía a él desvirtuar el contenido de la certificación mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida, lo cual no logró en el presente proceso, pues es claro que no es suficiente con su dicho, ni con lo que el demandado pudo haber señalado en su interrogatorio de parte.

Tampoco es de recibo el argumento de la apoderada de la parte demandada cuando señala que para demostrar que la demandante no le prestó sus servicios desde octubre de 2012 se aportaron los listados de los cursos que hacía para esa época el señor Hoyos fuera del país, pues lo cierto es que el hecho de que el señor Hoyos haya salido del país a dictar cursos no desvirtúa lo que el mismo certificó, pues la certificación es clara al señalar que la demandante le prestaba sus servicios. Máxime porque el demandado ni siquiera probó de manera sumaria que efectivamente hubiese dictado los cursos que relacionó al contestar la demanda.

Y es que tal y como lo dijo el A quo al probarse la prestación del servicio, nace la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T. de existencia de un contrato de trabajo y como quiera que la parte demandada no desvirtuó la subordinación en este primer contrato, es claro que acertó el fallador de primera instancia cuando declaró como extremo inicial de la primera relación laboral el **01 de octubre de 2012**. Por tanto, se confirma este punto.

Aportes a pensión de abril a julio de 2013 (Primer contrato)

El fallador de primera instancia condenó al señor Alfredo Ernesto Hoyos Ariza a pagar los aportes a pensión del 01 de octubre de 2012 al 30 de julio de 2013 sobre el salario de \$2'000.000 previo calculo actuarial.

La inconformidad de la demandada radica en que se debe revocar la condena de aportes a pensión por los ciclos de abril a julio de 2013 como quiera que éstos ya fueron efectuados por el demandado.

Pues bien, al revisar las planillas de aportes a pensión allegadas por la



demandada a partir del folio 424, se evidencia que únicamente se aportaron las planillas a partir de septiembre del 2013, por lo que la demandada no probó haber pagado los aportes a seguridad social de los ciclos de abril a julio del 2013, por lo que acertó el A quo al impartir condenar por estos períodos; razón por la cual se confirmará este punto.

Salario devengado en el segundo contrato de trabajo

El fallador de primera instancia declaró la existencia de un segundo contrato entre la demandante (trabajadora) y ELISYUM S.A.S. (empleador) entre el 01 de agosto de 2013 al 31 de mayo de 2017 y señaló que en ese período la actora devengó la suma de \$5'000.000 como salario básico, con lo cual no está de acuerdo la demandada, quien señala que no entiende de donde saca el A quo que el salario devengado era de \$5'000.000 cuando la actora sólo devengaba \$3'000.000 como salario básico.

Pues bien, al revisar las pruebas aportadas se evidencia a folio 56 certificación laboral expedida el 19 de mayo del 2016 por la señora Olga Lucía Rodríguez en su condición de Gerente Administrativa de ELISYUM S.A.S. en la cual certifica que la señora TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA desempeñaba el cargo de Gerente de Proyectos con un contrato a término indefinido y **que desde octubre de 2012 devengaba un salario mensual de \$5'000.000**, más unas bonificaciones no prestacionales de unos \$3'000.000 mensuales aproximadamente. Documento que no fue desconocido, ni tachado de falso por la demandada al contestar la demanda.

Se debe recordar que se debe tener como un hecho cierto el contenido de las certificaciones expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, por tanto se debe tener por cierto que el salario básico de la demandante era de \$5'000.000 conforme lo entendió el fallador de primera instancia, pues así lo certificó el empleador, siendo carga probatoria del demandado desvirtuar el contenido de lo certificado, lo cual no logró, pues contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, no se desvirtúa el salario certificado con el contrato de trabajo allegado a folio 64



como quiera que ese contrato fue celebrado el 01 de abril de 2013 y hace referencia al primer contrato declarado por el *A quo* y no frente al cual se está apelando el salario que es el segundo contrato el cual se declaró desde el 01 de agosto de 2013.

Ahora si bien a folio 364 aparece el contrato de trabajo a término indefinido celebrado por las partes a partir del 01 de agosto de 2013 en el que se señala que se pacta un salario inicial de \$2'000.000 más comisiones, esto no desvirtúa que una vez se haya ejecutado el contrato en la realidad la demandante haya devengado la suma de \$5'000.000 como salario básico, tal y como lo certificó su empleador.

Es de anotar que contrario a lo dicho por la apoderada de la parte demandada tampoco desvirtúa el contenido de la certificación lo dicho por la señora Olga Rodríguez al rendir su declaración, quien señaló que trabajó desde el año 2007 con el Dr. Hoyos como su asistente; que posteriormente se creó la empresa ELISYUM S.A.S. y que la testigo ostentaba en dicha empresa el cargo de Gerente Administrativa y que fue ella quien le expidió la certificación laboral a la actora señalando que su salario ascendía a la suma de \$5'000.000, pues como lo indica la misma testigo en su relato para expedir las certificaciones laborales lo cual estaba entre sus funciones, la testigo debía revisar los contratos y los dineros devengados por los trabajadores de la empresa y siendo una persona que ostentó el cargo de Gerente Administrativa no puede venir a decir ahora que sólo expidió la certificación con ese salario porque así se lo solicitó la demandante al ser una persona de confianza, cuando como lo dice la misma testigo, la actora era una trabajadora más de la empresa demandada. No genera credibilidad para esta Sala que ahora que se ve comprometida la responsabilidad de la empresa venga la señora Olga Rodríguez a señalar que certificó un valor que no correspondía a la realidad, pues no se observa que al contestar la demanda se haya tachado el documento de falso, ni tampoco que se haya iniciado alguna acción ante la supuesta falsedad en que se dice se incurrió por parte de la Gerente Administrativa.

Por tanto, al no desvirtuarse el contenido de la certificación, se confirmará



este punto de apelación, y teniendo en cuenta que acertó el A quo al declarar que el salario devengado en el segundo contrato ascendía a la suma de \$5'000.000, es claro que es procedente la reliquidación de acreencias laborales ordenada.

Declaratoria del tercer contrato de trabajo

Para el fallador de primera instancia, con el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes se logra probar la prestación personal del servicio con lo cual nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo conforme lo dispone el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la demandada, por lo que declara la existencia de un contrato de trabajo entre el 01 de junio de 2017 al 13 de noviembre de 2017.

La parte demandada insiste en que la relación laboral entre las partes estuvo regida por un contrato de prestación de servicios y que en ningún momento se simuló un contrato de trabajo, señalando que esto se prueba con las cuentas de cobro y con el anexo 1 del contrato, con lo cual no está de acuerdo la Sala, pues las cuentas de cobro no sirven para desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pues precisamente lo que se busca es la declaratoria de la primacía de la realidad. Y en cuanto al anexo 1 visible a folio 560 se trata de un documento en el que aparece el valor del contrato de prestación de servicios; documento que ni siquiera aparece suscrito por la actora.

Tampoco se desvirtúa la presunción con el hecho de que la demandante en el año 2017 escribiera un libro en el cual señalara que era contratista independiente, como quiera que el artículo 25 del CST permite la concurrencia del contrato de trabajo con otros de otra naturaleza. Ni con la declaración rendida por la señora Yolanda Peñuela como quiera que su conocimiento deviene únicamente porque tuvo en su poder el contrato de prestación de servicios al ejercer como contadora de la empresa demandada, pero al estar radicada incluso en otro país no tiene un conocimiento directo de cómo se ejecutó el contrato entre las partes.



Ahora, la parte demandada señala que el fallador de primera instancia desconoce las pruebas que obran en el plenario y señala que sólo se refiere a unas actas, pero que olvida los demás argumentos probatorios que le fueron presentados y que obran dentro del plenario; frente a lo cual debe precisar la Sala que cuando el argumento de la apelación es indebida valoración probatoria, debe el recurrente señalar de manera precisa cuales fueron las pruebas erróneamente apreciadas o cuales, dejadas de valorar, ya que, aunque el recurso de apelación no requiere de una técnica rigurosa ni de fórmulas sacramentales, sí, se itera, fija los puntos en virtud del principio de consonancia contenido el art 66 A del C P del T y de la SS, sobre los cuales puede pronunciarse el Tribunal; sin que esto haya sido determinado por el apelante en este caso, pues no señaló exactamente cuales fueron las pruebas o los argumentos no valorados por el fallador del primera instancia, por lo que no es necesario realizar ningún pronunciamiento adicional y, no queda otro camino que confirmar este punto de apelación.

Extremo final tercer contrato de trabajo

Para el fallador de primera instancia, el tercer contrato de trabajo debe declararse entre el 01 de junio de 2017 al 13 de noviembre de 2017; sin embargo, la parte demandante no está de acuerdo pues sostiene que debe ser declarado hasta febrero de 2018.

Al revisar las pruebas allegadas, se evidencia que le asiste razón al fallador de primera instancia, al señalar que el tercer contrato de trabajo sólo puede ser declarado hasta el 13 de noviembre de 2017 fecha a partir de la cual la actora firma el documento visible a folio 569 denominado “CESION DE POSICION CONTRACTUAL DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS CELEBRADO ENTRE LA SOCIEDAD ELYSIUM S.A.S. Y ALFREDO ERNESTO HOYOS ARICA COMO CONTRATANTE Y TAMARA AUXILIADORA PAEZ ORIHUELA COMO CONTRATISTA” y en el que se señala que se procede a realizar la cesión de su posición contractual dentro del contrato a la compañía IT INVERSIONES S.A.S. como quiera que desde



ese momento los servicios van a ser prestados a los demandados por la empresa IT INVERSIONES S.A.S. y no personalmente por la demandante.

Y es que debe recordarse que de conformidad con el artículo 23 del CST para que haya contrato de trabajo se requiere que concurra como elemento esencial la actividad personal del trabajador la cual no se probó que haya sido desarrollada con posterioridad a la cesión que se dio el 13 de noviembre de 2017.

No siendo posible aplicar las sentencias que refiere el apoderado de la parte demandante de cooperativas y EST como quiera que no nos encontramos en un caso de intermediación laboral.

Ahora, el hecho de que la contadora haya certificado que el único ingreso de la empresa IT INVERSIONES S.A.S. sea el percibido por parte de la empresa ELISYUM S.A.S. con esto no se prueba la actividad personal de la demandante con posterioridad al 13 de noviembre del 2017.

Adicionalmente, es necesario recordarle al apoderado de la parte demandante que el fallo de tutela en el cual se ampararon derechos fundamentales a la demandante, sólo lo hizo de manera transitoria mientras se acudía a esta jurisdicción la cual es la encargada de fallar conforme a las pruebas allegadas.

Tampoco puede venir ahora la parte demandante a hablar de la carga dinámica de la prueba y a señalar que no podía acceder a documentos que se encontraban en poder de la parte demandada y que se imponga una sanción por no aportarlos, cuando en su demanda no solicitó que la parte demandada aportara con su contestación los documentos que ahora extraña. En consecuencia, se confirmará este punto.

Indemnización moratoria.

Procede analizar la Sala si hay lugar a confirmar la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Sobre el



particular y como bien lo indicó la juzgadora de instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado, entre otras en sentencia SL 3858 de 2020 que para la imposición de esta condena se debe analizar el actuar de la demandada, pues de acreditarse que omitió caprichosamente el pago de las acreencias laborales causadas a favor del trabajador, se abre paso su imposición, de lo contrario si demuestra que su actuar obedeció a razones atendibles, se exonera de la misma.

La demandada solicita se revoque la condena impuesta por indemnización moratoria, señalando que su actuar no estuvo revestido de mala fe. Pues bien, al revisar el expediente se encuentra que la parte demandada trató de disfrazar la existencia de una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios y negó la existencia de una relación laboral y el salario realmente devengado pese a que había expedido certificación laboral, por lo que contrario a lo señalado por la demandada en su recurso, no se evidencia que el actuar del empleador este exento de mala fe como lo exige la jurisprudencia de la CSJ, la cual ha sido insistente al señalar que se debe evaluar la conducta del empleador, pues la indemnización moratoria no es de aplicación automática.

Por tanto, al no encontrarse que el actuar de la demandada haya estado revestido de buena fe hay lugar a imponer condena por indemnización moratoria, por lo que se confirmara la condena impuesta.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES BUSSY
MAGISTRADO
Salvo voto

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2020 446 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA LUZ DURÁN MAX

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Michael Cortázar Camelo, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora GORIA LUZ DURÁN, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la

afiliación que efectuara al RAIS promovida por Colfondos S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información que viciaron su consentimiento, que se encuentra válidamente afiliada al RAIS, que Colfondos debe trasladar la totalidad de capital acumulado en su CAI junto con rendimientos a Colpensiones y esta última debe activar su afiliación en el RPM.

Como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene a Colfondos S.A., a registrar en su sistema de información que la afiliación a su nombre estuvo viciada de nulidad, condenándola a realizar el traslado de la totalidad del capital acumulado en su CAI, junto con comisiones y rendimientos con destino a Colpensiones y se ordene a esta última a activar su afiliación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 21 de febrero de 1957, afiliándose al ISS el 22 de marzo de 1989, instituto al que cotizó 858 semanas, que a 1 de abril de 1994 contaba con 37 años y con la entrada al mercado de las AFP por virtud de la Ley 100 de 1993, se afilia en enero de 2001 a Colfondos S.A., AFP a la que se encuentra afiliada actualmente, que el asesor de la entidad en mención, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPM, señalándole que no se iba a poder pensionar porque el ISS se iba a acabar y contrario a ello le indicó que en ese fondo se pensionaría con una mesada más alta a la del RPM y de manera anticipada, sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada pensional, que no le indicó las desventajas de trasladarse al RAIS, como tampoco la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 47 años de edad, entregándole una información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado.

Indica que suscribió dicho formulario de afiliación y de haber permanecido en el RPM, su mesada pensional sería del triple en comparación a la que recibiría en el RAIS, conforme su IBC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a

4, 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, COLFONDOS S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los No. 1, 5, 6 a 8 y 16 manifestó no constarle los No. 2 a 4 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos, prescripción de la acción, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora GLORIA LUZ DURAN MAX con la AFP COLFONDOS SA el 13 de diciembre de 2001 contenida en el formulario No. 7919792.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora GLORIA LUZ DURAN MAX 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. Igualmente, COLFONDOS debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

CUARTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

QUINTO: Se condena en costas a Colfondos y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, la primera, el deber de información consagrado en la Ley 100 de 1993, naciendo la asesoría del buen consejo en el año 2009 y para el 2014 y 2015 el de doble asesoría.

Que frente a la demandante, a la fecha de su afiliación a la AFP Colfondos, data para la cual, se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1994, le correspondía a esta haberle señalado las condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición a la fecha de su traslado, no obstante ello dicho deber se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de dichas circunstancias y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo contrario, le correspondía a la administradora pensional conforme los preceptos del artículo 167 del CGP, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal.

Al respecto señaló que en el plenario no obraba prueba que la demandante hubiese sido debidamente ilustrada sobre las características de uno y otro régimen, no se acreditaba que la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado de régimen pensional al RAIS en el año 2001, como lo ordenaba la misma Ley 100 de 1993, esto es, una información, clara, veraz y precisa, comprensible y detallada respecto de su futuro pensional conforme la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo cual era una omisión en el deber de información, en los términos legales y jurisprudenciales relacionados; sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información, máxime cuando la demandante había indicado en diligencia de interrogatorio de parte que la asesora de

Colfondos le había indicado que el ISS se iba a acabar, que se pensionaría a los 50 años y con una mesada pensional superior al RPM; por lo que intentó retornar al RPM al darse cuenta de tales engaños, pero ya no fue posible, de igual forma, el representante legal de Colfondos había señalado que no había estado presente en el acto de traslado de la demandante ni conocía la formación académica del asesor que promovió dicho traslado.

De dicho análisis probatorio, se desprendía que no había ningún medio de tal índole que permitiera concluir que Colfondos al momento de traslado de la demandante, le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, ya que del interrogatorio de parte realizado a la actora, tampoco se había logrado confesión alguna, imponiéndose la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, ya que no se podía tener por suplido el requisito de información con la simple firma, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó a la actora, debiéndose disponer conforme los efectos de la ineficacia el traslado de aportes con destino al RPM, junto con rendimientos, gastos de administración y comisiones, estos últimos con cargo a sus propios recursos y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes del afiliado y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos, ostentaban el carácter de imprescriptibles, así como la acción bajo estudio por envolver derechos pensionales que tenían tal carácter.

Indicó por último que no procedía condenar a Colpensiones en costas al no haber intervenido en el acto de afiliación cuya ineficacia se declaraba.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que la demandante no cumplía con los presupuestos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por ello, su afiliación al RAIS era válida y a la fecha de su traslado a este, año 2001, la demandante no había ejercido su derecho al retracto por lo que estaba conforme con dicha afiliación y no solicitó su retorno al RPM en todo el tiempo que permaneció en el RAIS; estando conforme con dicha afiliación y no se acercó al fondo privado a solicitar información adicional.

Indicó que el deber de información que tenían las AFP, se suplía al momento de suscripción del formulario, ya que este se hace de forma libre y voluntaria y espontánea, encontrándose aceptada tal cuestión con la firma del afiliado y la Corte Constitucional había establecido el deber del buen consejo, pero también debía observarse que al afiliado le asistía la obligación de informarse sobre su situación pensional y contar con el conocimiento de las normas que rigen la materia, observándose que la demandante durante su afiliación al RAIS, no se preocupó por conocer las diferencias entre ambos regímenes, no mostrando interés sobre su futuro pensional, el que mostró hasta ahora cuando encontraba inmersa prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Resaltó que con la decisión recurrida esa entidad sería la encargada de asumir la carga pensional de la demandante y si bien se trasladan todos los dineros existentes en la cuenta individual de la demandante, dicho monto no alcanza a cubrir el monto total de la prestación para todo el tiempo en que gozará de este y sus posibles sobrevivientes, quebrantándose el principio sostenibilidad financiera del sistema en los que se apoya el sistema pensional colombiano.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, señaló que no era procedente condenar a esa entidad al traslado de los gastos de administración indexados, por cuanto a la buena gestión realizada por esa AFP, fue que se generaron los rendimientos en los aportes de la demandante, rendimientos que eran mayores a las sumas descontadas por gastos de administración, aunado a ello estos no estaban en su poder por cuanto se destinaban a cubrir seguros previsionales, lo que generaría un enriquecimiento a favor de Colpensiones y se equiparaban a una condena en perjuicios, los que no se habían solicitado ni probado, contrario a ello, los aportes de la demandante se habían beneficiado de los rendimientos. Señaló que esa AFP actuó de buena fe y ajustada a normatividad vigente.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA DURÁN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 13 de diciembre de 2001, a través de formulario de afiliación suscrito con Colfondos S.A., documental que fue allegada por esta AFP como se evidencia en expediente

digital, previo requerimiento por parte del jugado.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad; lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información; escenario en el cual, lo peticionado se debe abordar a través de la óptica de la ineficacia como bien lo adujo el juzgador de primer grado; figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por al actora en el año de 2001, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, no le bastaba a las demandada aducir que con la suscripción del mismo se aceptaban las condiciones de dicho traslado, por cuanto de aquel no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Colpensiones, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo de recibo deprecar de tal omisión de la AFP una ratificación de la afiliación de la demandante por el paso del tiempo, ya que se itera, era deber de la AFP el suministro de toda la información referente al traslado de régimen y no se probó tal acción ni el acto del traslado, como tampoco durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Colfondos S.A.

De igual manera y si bien como lo indica la administradora pensional en mención en su recurso y alegaciones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, con independencia de si la demandante tenía al momento de su traslado derecho adquirido alguno, ya que contrario a lo indicado por Colpensiones, el deber de información a que se alude debe ser suministrado a **todos** los afiliados, como en efecto lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en su recurso y alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS,

los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM, aunado a ello, tampoco es posible afirmar por cuánto tiempo la actora disfrutará de la prestación pensional a que tenga derecho para afirmar que tal reconocimiento afectará económicamente a Colpensiones.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica Colfondos S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2001**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado dispuesta en la decisión de primer grado.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

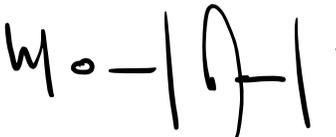
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: DORA ISABEL TORRES JARAMILLO
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS
RADICADO: 1100122050-00-2022-00812-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 30 de septiembre de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a SALUD TOTAL EPS EN LIQUIDACION, pagar la suma de DOSCIENTOS UN MIL SETESCIENTO OCHO PESOS M/CTE (\$201.708) junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

ANTECEDENTES

La señora DORA ISABEL TORRES JARAMILLO instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS SALUD TOTAL EPS el reconocimiento y pago de las diferencias resultantes entre lo que debería haber cancelado y lo que efectivamente pagó que corresponde a la suma de \$201.708.28 , junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl. 2 a 3)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo en calidad de cotizante como trabajadora independiente desde el 01 de noviembre de 2007; que cotizó con IBL de un salario mínimo legal mensual vigente; que por prescripción médica el galeno tratante solicitó se le

autorizara una cirugía por enfermedad general no profesional la cual le fue autorizada y practicada el 02 de octubre de 2018; que el médico tratante ordenó una incapacidad total por 30 días la cual fue reconocida y liquidada por la EPS sin objetarla en ningún momento y la cual se encuentra debidamente identificada en el anexo “NAIL P7929618” de fecha 05 de octubre de 2018; que se le señaló que los días a pagar eran 28 y no 30 por lo que presentó derecho de petición, lo cual no fue aceptado por la EPS. (fl. 1 a 2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada contestó la demanda señalando que ya cumplió con sus obligaciones como asegurador del Sistema General de Seguridad Social en Salud pues ha pagado los subsidios de incapacidad que ha requerido la demandante. Indica que la incapacidad que le fue generada a la actora fue liquidada y pagada por la EPS en la suma de \$527.451. Propuso como excepciones de fondo las de carencia actual de objeto por hecho superado para el presente caso, imposibilidad del pago de intereses corrientes y de mora, imposibilidad de condenar en costas y gastos dentro del proceso de la referencia. (CD fl. 51)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 30 de septiembre de 2021, accedió a las pretensiones de la demanda; ordenó a SALUD TOTAL EPS S.A. pagar la suma de \$201.708 en favor de la demandante, junto con los intereses moratorios desde el 14 de enero de 2019 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y se ordena pagar la suma de \$10.085 por concepto de agencias en derecho. (fls. 54 a 58)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, interpuso recurso de apelación, argumentando que existe carencia actual de objeto por hecho superado para el presente caso, como quiera que una vez efectuada la revisión de caso en concreto y de la liquidación de las incapacidades reconocidas a la demandante respecto de la autorización P7929618 se encontró que inicialmente se reconocieron por un porcentaje inicial de 66.6% de conformidad con lo estipulado en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y lo reglado en el artículo 40 del Decreto 1408 de 1999; razón por la cual la incapacidad fue liquidada por valor de \$527.451. Señala que posteriormente, se procedió a realizar la reliquidación de la incapacidad solicitada por la demandante por el valor completo del salario mínimo legal mensual vigente, por lo que fue liquidada por la suma de \$791.138, por lo que ya se garantizó el pago a la demandante.

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios señala que no son procedentes y que en tal caso lo que procede es la indexación, pues se trata de prestaciones que están en discusión. Y finalmente, señala que en los procesos sumarios ante la Superintendencia Nacional de Salud no es dable imponer costas procesales por tratarse de un trámite gratuito. (CD fl. 51).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, (i) el determinar si existe un hecho superado, pues ya se realizó el pago de la incapacidad deprecada; (ii) si se debe revocar la condena por intereses moratorios y (iii) si en este tipo de procesos es procedente condenar por concepto de costas procesales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche por parte de la convocada a juicio SALUD TOTAL EPS, la decisión adoptada por el *a quo* relacionada con que se debe pagar la suma de \$201.708 a favor del accionante por la incapacidad deprecada, en la medida que la objeción que se hace al fallo de primera instancia frente a este punto, radica en que ya realizó el pago de dicha suma de dinero.

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(...)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Para resolver el asunto en cuestión, lo primero que se puede observar es que la demandada presentó documento con el Logo de Bancolombia en el que

aparece que por ventanilla le fue entregado a la señora DORA ISABEL TORRES la suma de \$263.687; sin embargo, no existe certeza de que se haya efectuado el pago, pues el documento no aparece con firma de la demandante, ni sello del banco, ni de la persona responsable de certificar el pago, por lo que no se evidencia quien suscribió el documento, pero además tampoco existe certeza que la suma que se dice se pago corresponda a la diferencia ordenada en primera instancia, pues ni siquiera concuerda el valor que fue ordenado por la Superintendencia, por lo que no queda otro camino que confirmar la condena impuesta.

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios reclamados, se encuentra que, el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, prevé que el pago de incapacidades se debe efectuar por parte de la EPS en un plazo no mayor a 5 días hábiles, vencidos los cuales, la EPS obligada al pago de la incapacidad deberá reconocer y pagar intereses moratorios, señala la norma en cita:

Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, **será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC.***

La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el

artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. (negrilla fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que los intereses moratorios se causan cuando **existe una tardanza en el pago de las prestaciones económicas**, es decir, situación que no aconteció en el presente caso, en el cual se reclama, la diferencia entre lo pagado por la entidad demandante y lo reembolsado por la EPS demandada, dada la discusión, en cuanto a la forma en que se liquidó, por lo que, se habrá de REVOCAR la condena impuesta, por este concepto y se confirmará en lo demás la misma.

En cuanto a las costas procesales le asiste razón al apelante al señalar que el proceso adelantado ante la Superintendencia Nacional de Salud es un proceso gratuito, sin embargo, la Superintendencia no condenó a ninguna erogación por gastos procesales sino únicamente fijó el valor de las agencias en derecho por lo que no hay lugar a revocar su condena.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, en el sentido de absolver a la demandada SALUD TOTAL EPS del reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 10-2018-462-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NORMA LUCÍA GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 6 de agosto de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora NORMA LUCÍA GÓMEZ, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre ella y la sociedad Industria Colombiana

de Herrajes, ha existido un contrato de trabajo sin solución de continuidad desde mayo de 1995, que dicha sociedad estaba en la obligación de pagar aportes pensionales de forma completa y oportuna con destino a la entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliada, que dicha sociedad efectuó algunos pagos por tal concepto con destino a Colpensiones y los mismos, deben reflejarse en su historia laboral, que Colpensiones está adelantando un proceso de cobro coactivo contra dicha sociedad, por lo que tiene embargados bienes raíces y muebles de propiedad de la misma, solicita se declare que se deben tener en cuenta para efectos pensionales las cotizaciones realizadas de forma extemporánea por esa sociedad y el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 1987 al 30 de junio de 2018, debe reflejarse como cotizado en su historia laboral, para un total de 1026,99 semanas.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colpensiones a incluir en su historia laboral todos y cada uno de los pagos efectuados por sus empleadores para pensión entre el 16 de marzo de 1987 al 30 de junio de 2018.

Como soporte de sus pretensiones indicó que nació el 18 de noviembre de 1961, que estuvo vinculada laboralmente a varias empresas del sector privado a partir del 16 de marzo de 1987 y hasta la fecha, siendo afiliada al ISS por la sociedad Industria Colombiana de Herrajes el 9 de mayo de 1995, que en historia laboral expedida por Colpensiones el 19 de abril de 2016, se refleja que había cotizado 962,71 semanas y dicha entidad certificó en 2016 que se encontraba afiliada y activa/cotizante.

No obstante ello, esa demandada expide historia laboral el 21 de septiembre de 2017, la que da cuenta de 632,71 semanas cotizadas, disminuyendo sus cotizaciones en una densidad importante, que la sociedad Industria Colombiana de Herrajes comunicó que había efectuado pagos de aportes pensionales a su nombre de manera extemporánea y con intereses, por lo que se solicitó a Colpensiones aceptar el pago de dichos aportes, pero dicha entidad en comunicación del 14 de noviembre de 2017, insiste en que el vínculo laboral de ella y la sociedad en mención había culminado, razón por la cual, procedió a suscribir un formulario de afiliación a esa entidad, el que también fue suscrito por su empleador.

Que el 11 de mayo de 2017, se realizan amplias explicaciones a Colpensiones para que acepte los pagos realizados pro su empleador y se imputen a su historia laboral, que existe proceso de cobro coactivo adelantado por Colpensiones y contra la persona jurídica en mención, por virtud del cual ha sido embargado un inmueble de propiedad de esta, así como bienes muebles.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Colpensiones, oponiéndose a las pretensiones y aceptando los hechos contenidos en numerales 1, 3, 5 a 7, 10, 11 a 13, 16 y 19 a 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó caducidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación por falta de causa y título para pedir.

La convocada como litisconsorte necesario, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 3, 4, 8, 11, 12, 16 y 19 a 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó responsabilidad de Colpensiones respecto de incorporar el número correcto de semanas cotizadas por la trabajadora en su historia laboral, garantía real e incumplimiento material y objetivo por parte de Colpensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre NORMA LUCIA GOMEZ GUTIERREZ y la sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE HERRAJES SAS EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 03 de mayo de 1995 el cual se encontraba vigente al 01 de marzo de 2019, fecha de contestación de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la litisconsorte necesaria INDUSTRIA COLOMBIANA DE HERRAJES SAS EN LIQUIDACION realizó los aportes de cotización en pensión de los periodos de mayo de 1995 a febrero de 2003, que corresponden a 402 semanas que deben imputarse en la historia laboral de la demandante NORMA LUCIA GOMEZ GUTIERREZ por parte de COLPENSIONES para los siguientes periodos y con los siguientes IBC (relacionados en acta audiencia)

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a imputar en la historia laboral de la demandante NORMA LUCIA GÓMEZ GUTIÉRREZ las siguientes semanas para efectos

pensionales: - marzo de 2003 a enero de 2011 y 7 días de febrero de 2011, esto es, 2857 días que equivalen a 408.14 semanas - junio de 2013 a febrero de 2014, esto es, 270 días que equivalen a 38.57 semanas - octubre a diciembre de 2015, esto es, 90 días que equivalen a 12.85 semanas - enero a mayo de 2016, esto es 150 días que equivalen a 21.42 semanas - enero a septiembre de 2017, esto es, 270 días que equivalen a 38.57 semanas Para un total de 519.55, registrando como IBC del salario mínimo correspondiente a cada anualidad, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de primer que se encontraba demostrada y aceptada por parte de la litisconsorte la existencia de la relación laboral entre esta y la actora desde el 3 de mayo del año 1995, indicando esta sociedad que dicha vinculación de la actora había sido sin solución de continuidad, igualmente indicó que había afiliado a la señora Norma para el cubrimiento de los riesgos de IVM con número patronal 01003544938 09/05/1995 tal como se desprendía del formulario de inscripción de trabajadores aportado, de igual manera, se había allegado certificación laboral que daba cuenta del inicio de dicho vínculo desde el 1 de mayo de 1995 y que se encontraba vigente a la fecha de contestación de demanda, por lo que dicha relación laboral se encontraba vigente a marzo de 2019.

Indicó en cuanto al pago de aportes que se aceptaba por la litisconsorte que se habían hecho pagos al sistema pensional y a favor de la actora a través de algunas cooperativas, que conforme al artículo 17 de la ley 100 de 1993 durante la vigencia de la relación laboral o del contrato de prestación de servicios, se debían efectuar cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones de parte de los afiliados, empleadores y contratistas con base en los salarios devengados, estando dicha obligación de cotizar en el caso bajo estudio en cabeza del empleador durante la vigencia del contrato de la demandante, para lo cual debía efectuar el descuento previsto en la Ley y de no hacerlo era responsable de la totalidad del aporte; que se evidenciaba que la actora había elevado ante Colpensiones solicitud de corrección de historia laboral, peticionando que se mantuviera la información consignada en la historia expedida el 10 de abril de 2016, la que registraba 962 semanas de cotización y que se reflejaran los periodos de mayo a octubre de 1995 tomando como fundamento que fueron pagados por el empleador según lo certificaba el oficio BZ 201684267368457207 firmado el gerente nacional de operaciones de la demandada el 12 de agosto del año 2016, que al respecto obraban respuestas de la entidad en el 2018, en donde indicaba

que los ciclos de mayo de 1995 a febrero 2003 habían sido cancelados por su empleadora de forma extemporáneas en abril de 2016 fecha para la cual, no tenía una relación laboral vigente con dicho empleador y por ello tales ciclos no podían ser contabilizados, por ello se debía requerir al empleador para el pago de reserva actuarial, igual respuesta expide la entidad en 2017.

Que entre las documentales allegadas obra a folio 55 a 70, obraban planilla de pagos simple de los periodos mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 1995 con fecha de pago 28 marzo 2016, asimismo obra comprobantes de pago de planilla asistida para los periodos de enero a julio y que obra reporte de semanas expedido en marzo de 2016 con un total de semanas cotizadas de 607.14 apareciendo en cero los periodos de mayo a octubre de 1995 y otro reporte expedido por la demandada en el año 2000 que señalaba como semanas cotizadas 962.71 como cotizadas por intermedio de la empleadora y convocada como litisconsorte, observándose que los periodos de mayo octubre 1995 y enero y abril de 2016 se encuentran registrados en ceros y julio de 1996 a marzo de 2013 aparecen de la misma forma con observación de *no registra relación laboral para este pago*, igual información se consigna en historias laborales expedidas con posterioridad y allegadas al plenario, de las que se determinaba que se habían presentado una serie de discrepancias en las historias laborales que le ha emitido la demandada con diferentes números de semanas, consignándose 962,71 pero sorprendentemente con posterioridad se expide un nuevo reporte con 725.57 semanas de cotización sin que exista una justificación clara y expresamente probada por parte de la entidad para dichos cambios; respecto de lo cual indicó que las administradoras de pensiones tenían el deber de consignar de manera fidedigna la información en las historias laborales, documento que reflejaba las cotizaciones realizadas por el trabajador era la herramienta para poder llegar a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, no pudiendo las administradoras trasladar a los afiliados las consecuencias negativas que puedan derivarse de la infracción de este deber, defectos que debían ser asumidos por estas por ser quienes contaban con los medios y la infraestructura para gestionar los datos de las cotizaciones y sus soportes para evitar su pérdida o deterioro e impedir que el afiliado sufra los efectos negativos que puedan derivarse de cualquiera de estas circunstancias, debiendo en ellas consignar una información cierta, precisa fidedigna cuyo contenido que debía ser confiable, veraz exacto y actualizado comprobable y

comprensible, evidenciándose que para el caso de la demandante, Colpensiones había incumplido tal deber, teniendo en cuenta que se habían presentado registros de semanas diferentes que aumentan o disminuyen las semanas de cotización, ya que indicaba la inexistencia de relación laboral de la actora con la llamada como litisconsorte, en el trámite procesal, se encontraba demostrada dicha relación laboral, la que se había dado a conocer al entonces ISS con registro de inscripción de la demandante en el año 1995, cumpliéndose con su afiliación, no teniendo esa afirmación de la demandada soporte legal, al no acreditarse ninguna novedad de retiro reportada desde el inicio de la relación laboral y que se había demostrado seguía vigente al año 2019.

Aunado a ello, no se entendía como Colpensiones pretendía desconocer dicha relación laboral cuando se probó que inició un proceso de cobro coactivo contra la litisconsorte con el número 2865 iniciado por el extinto ISS y en relación a la señora norma, se detalla en relación a las novedades del sistema de autorización este aporte mensual a nombre del asegurado los periodos comprendidos de mayo de 1995 hasta diciembre del año 2016 y se señala cuáles son los ciclos cancelados dentro del proceso coactivo e indica que ya se encuentran cancelados los periodos de mayo de 1995 hasta febrero del año 2003 entonces no se entendía cómo esa entidad en su defensa y en las respuestas dadas a la actora negara la existencia de la relación laboral cuando el mismo ISS inició un cobro coactivo para obtener el pago por parte de la litisconsorte de los valores correspondientes a las cotizaciones en mora de la demandante desde mayo de 1995 hasta febrero de 2003, que la Corte Suprema de Justicia, había señalado que los errores administrativos no pueden afectar al trabajador afiliado.

Afirmó que a folio 333 en el plenario se indicaba que la demandante se vinculó al ISS desde marzo de 1987 y efectuó aportes por intermedio de varios empleadores y a partir de octubre del año 2017, comienza a aparecer como cotizante directa, teniendo dicho reporte como semanas cotizadas 725.37, expedido en julio de 2019, que como se había dicho, en ese reporte no se reflejaban las cotizaciones efectuadas para mayo de 1995 a 31 de octubre del mismo año, como tampoco de enero a abril de 1996, entre otros periodos faltantes en que se itera, se probó la existencia del vínculo laboral, que se han allegado planillas de pago de aportes por parte de la litisconsorte para los

periodos de mayo de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre de 1995, enero a abril, julio, septiembre a diciembre de 1996, todos los meses del año 1997, de igual forma con el año 1998, todo los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, lo cual permitía establecer que la litisconsorte sí realizó aportes a favor de la demandante entre mayo de 1995 hasta febrero del año 2003 y junio de 2018 existiendo ese vacío entre diciembre de 1995 y agosto de 1996; no obstante, el reporte de semanas actualizado de 16/09/2019 se tenía que para los periodos de noviembre diciembre de 1995, registra con observación de *pago aplicado al periodo declarado*, que la parte actora allegaba comprobante de pago de planillas correspondientes a noviembre y diciembre del 95 y de agosto del año 96, pero como se indica en el reporte de semanas entonces si aparecían.

Que se había comprobado la existencia del proceso de cobro coactivo, por virtud del oficio librado por el despacho para lo cual el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales informó de la existencia de proceso 2865 en estado activo que inició el ISS, encontrándose en este relacionada la señora Norma en relación de novedades del sistema autoliquidación de aportes correspondientes de mayo 1995 hasta diciembre del 2016 y se relacionó expresamente cuáles fueron los pagos que efectivamente se realizaron, señalando dicha entidad que se efectuaron pagos por los periodos de mayo de 1995 hasta el periodo de febrero 2003, de igual manera de octubre de 2011 a abril de 2016 estando pendiente en dicho proceso cancelar las costas procesales, se indicó en tal respuesta que para el periodo de mayo 1995 febrero 2013 se realizó un pago por parte de la litisconsorte a favor de la señora Norma, por lo que deben encontrarse imputados en la historia laboral.

Que en el reporte expedido en septiembre 2019, se detallaban 725.57 semanas, las que no estaban en discusión y habiéndose aportado las pruebas de los pagos que se hicieron por intermedio del proceso de cobro coactivo se tenía que no se reportaba lo pagado de mayo a diciembre de 1996, tampoco enero a abril y julio a diciembre de 1996, años 1997 a 2002, no existía ningún reporte, faltan registrar la totalidad de esos años, así como enero y febrero de 2003, lo propio ocurría respecto de todos los años 2004 a 2010, junio a diciembre de 2013, enero y febrero de 2014, octubre a diciembre de 2015, no registra enero a mayo de 2016, enero a septiembre de 2017 y de octubre en adelante figuraba la demandante como independiente, caso en el cual no era

posible la imputación doble de semanas, no conociéndose si la actora realizó aportes mientras continuaba laborando con la litisconsorte; por lo que hacían falta por registrar 402 semanas de los periodos señalados con IBC para 1995 de \$119.000, suma que se registraba como tal en la historia laboral, noviembre y diciembre \$204.000, enero a abril de 1996 \$142.125, mayo y junio \$204.000, julio a diciembre de ese año \$142.125, para 1997, todo el año sobre \$172.006, 1998 \$204.000, 1999 \$236.400, año 2000 \$260.100, 2001 \$286.000, 2002 \$309.000, 2003 enero y febrero \$332.000, frente a dichos periodos, que inicialmente aparecieron y luego desaparecieron y que efectivamente está demostrando el proceso una afiliación el 9 de mayo del año 1995 que nunca hubo retiro y la existencia de una relación laboral, respecto de lo cual señaló que independientemente de que exista mora en el pago de los mismos a partir de marzo de 2003, debiendo la litisconsorte efectuar dichos pagos y a cargo de Colpensiones la obligación de hacer los correspondientes y cobros coactivos en caso de mora para obtener el pago de estas estas cotizaciones, ya que como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, les corresponde a las entidades de seguridad social realizar el cobro de manera coercitiva y que no se le puede imputar las consecuencias de esta mora al trabajador afiliado.

Indicó que para febrero del año 2003 había algunos registros pero también unos vacíos en el registro de aportes de la demandante y que corresponden entonces a los periodos de marzo de 2003 a enero 2011 y 7 días de febrero, equivalentes a 408.14 semanas que no se encontraban acreditadas en la historia laboral y tampoco obraban planillas correspondientes a pagos de tales periodos y del mes de julio 2013 a febrero 2014 esto es, 38.57 semanas, de octubre a diciembre de 2015 que equivalen a 12.85 semanas, enero a mayo de 2016, 42 semanas y enero a septiembre de 2017 que equivalen a 38.57 y si bien era cierto no estaba acreditado el pago de las mismas, como se dijo la existencia de mora en el pago de aportes generaba en cabeza de la demandada la obligatoriedad de ejercer el cobro coactivo que en principio fuera promovido por el ISS, en el que se dio a conocer que se habían realizado pagos hasta 2003, no siendo claro si existía cobro coactivo por periodos posteriores, que tales periodos correspondían a un total de 519.55, las que debían ser imputadas por cuanto estaba demostrada la relación laboral, con un IBC del salario mínimo legal vigente en tanto no se había logrado establecer las asignaciones salariales para dichos periodos.

Siendo procedente ordenar a la demandada imputar las 402 semanas pagadas por la litisconsorte y las más las 519.55 semanas de los periodos inmediatamente señalados para un total de 900,555 semanas que no se encontraban registradas en el reporte de septiembre del año 2019 y el cual sólo está registrando un total de 725,57, debiéndose registrar en la historia laboral un total de 1,647.22. Afirmó en cuanto a la excepción de prescripción que no estaba llamada a prosperar por cuanto la jurisprudencia había señalado que los aportes conformaban el derecho pensional que era imprescriptible.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que si bien la demandada Colpensiones, aduce en su contestación que no imputó a la historia laboral de la actora los periodos de mayo de 1995 a febrero de 2003, por cuanto los mismos fueron pagados por la Sociedad Industria Colombiana de Herrajes, cuando esta no sostenía relación laboral con la actora; lo cierto es que como lo indicó la juzgadora de instancia quedó acreditada la existencia y vigencia dicho vínculo que inició el 1 de mayo de 1995, como se evidencia en certificación laboral expedida por la sociedad en mención y visible a folio 24 del plenario digital y el que se mantiene vigente **de manera ininterrumpida** como lo adujo esta litisconsorte en escrito de contestación de demanda al dar respuesta a los hechos 10 y 16 de la misma.

Es así como determinada la existencia y vigencia de la relación laboral alegada y que dicho sea de paso fue debidamente declarada en la decisión que se estudia, se tiene que de ella deviene la obligación en el pago de aportes por parte de la sociedad Industria Colombiana de Herrajes, para lo cual igualmente se determinó con claridad durante el trámite procesal que dicha sociedad efectuó el pago en abril de 2016 de los ciclos pensionales antes anotados, situación que acepta la demandada Colpensiones, pero se itera, se negó a imputar dichos periodos aduciendo que no existía relación laboral, aún cuando quedó suficientemente demostrada, no sólo en el proceso sino que también se allegó el formato de inscripción de trabajadores expedido por el entonces ISS y que da cuenta que inscribió como tal a la demandante el 9 de mayo de 1995 para la cobertura de los riesgos de IVM, concluyéndose igualmente que sí existió la afiliación por parte de la litisconsorte a la

demandante en el sistema pensional, afiliación que como bien adujo la decisión de instancia, no se probó que se haya efectuado novedad de retiro alguna, que revelara a la sociedad en mención de su obligación en el pago de aportes pensionales.

Así las cosas es claro para esta sala la procedencia de tener como válidamente cotizadas para efectos pensionales los periodos indicados en la instancia comprendidos entre mayo de 1995, data de inicio de la relación laboral a febrero de 2003, los que inicialmente fueron tenidos en cuenta por la demandada en historia laboral expedida por esta el 19 de abril de 2016 allegada por la parte demandante y posteriormente en la expedida el 15 de enero de 2018 entre otras, desconoce dicho pago de aportes, relacionando que se efectuaron en abril de 2016, pero que no se registra relación laboral para esos periodos, dicho pago extemporáneo de aportes, tampoco ofreció reparo, ya que como se indica, Colpensiones lo acepta, y la litisconsorte así como el Fondo Pasivo de Ferrocarriles Nacionales, allegan prueba idónea dicho pago, esta última en respuesta a requerimiento efectuado por el despacho, allegando relación de tales pagos por los periodos en mención y a favor de la demandante entre otros trabajadores de la litisconsorte, por virtud del proceso de cobro coactivo seguido contra esta última. De tal manera, se concluye que la condena señalada en el segundo punto de la sentencia se encuentra ajustada a derecho ya que a más de lo anterior, los IBC respecto de los cuales Colpensiones debe imputar tales periodos cuyo pago se comprobó, también obedecen a los probados en el trámite procesal, no siendo de recibo lo señalado por la entidad demandada en sus alegaciones, cuando indica que la historia laboral que no contempla tales periodos obedece a la realidad, cuando conforme el análisis anterior, se logra concluir lo contrario.

Lo propio ocurre con los periodos ordenados a tener en cuenta en numeral TERCERO de sentencia recurrida pues si bien como señaló dicha decisión, no obra constancia de pago de los mismos por parte de la litisconsorte, evidenciándose de historias laborales aportadas que de marzo de 2003 a septiembre de 2017, esta sociedad efectuó pagos parciales de los aportes pensionales a nombre de la demandante, quedando en efecto sin realizar dicho pago los periodos indicados en la decisión que se estudia, ya que esta no demostró haber sufragado tales tiempo, respecto de los cuales y como se

dijo al encontrarse para dichos extremos temporales vigente la relación laboral y por ende la afiliación de la demandante, es deber de Colpensiones adelantar el cobro coactivo de los mismos y ello no debe repercutir de manera negativa en la situación pensional de la señora Norma como en efecto lo ha reiterado la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Las anteriores razones resultan suficientes para **confirmar** la sentencia de primer grado en su totalidad.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11-2018-534-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: OLGA LUCÍA PEDRAZA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Old Mutual S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones, Old Mutual S.A., y la parte demandante quien solicita se confirme el fallo de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCÍA PEDRAZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

y/o ineficacia de la afiliación que realizara el RAIS a través de Old Mutual S.A., que no recibió en dicho acto de traslado información, asesoría clara y precisa por parte de esa AFP, tornándose ineficaz el mismo; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se conde a Old Mutual a trasladar los aportes por ella efectuados con sus frutos e intereses con destino a Colpensiones, ordenando a esta última validar dichos aportes e incorporarlos a su historia laboral y a reconocerle pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1998 o bajo la normatividad que le sea más favorable.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 13 de diciembre de 1955, por lo que cuenta con 62 años edad, que comenzó a cotizar el 28 de agosto de 1980 a Cajanal acumulando un total de 389.28 semanas a 1 de abril de 1994, que posteriormente se afilió al ISS el 1 de febrero de 1996, Instituto al que cotizó 101.87 semanas, que a 1 de abril de 1994 contaba con 38 años de edad y 750 semanas de cotización a 22 de julio de 2005, que actualmente cuenta con 1417 semanas de cotización.

Afirma por último que elevó petición el 9 de marzo de 2018 a Colpensiones solicitando el traslado al régimen que administra, lo que le fue negada por estar incurso en la prohibición legal para trasladarse, en igual sentido elevó solicitud a Old Mutual para ser trasladada al RPM, la que también le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, OLD MUTUAL S.A., se opuso a las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 y 8 a 10, negó los No. 4 a 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 5, 7 y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indemnización moratoria.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante OLGA LUCIA PEDRAZA LINARES del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PENSIONAR hoy OLD MUTUAL S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR OLD MUTUAL S.A reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones, primas de seguros y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en el caso que se hubiesen realizado.

CUARTO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

SEXTO: DECLARAR que la demandante OLGA LUCIA PEDRAZA LINARES es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y reformado por el acto legislativo 01 de 2005 y que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las reglas del acuerdo 049 de 1990.

SEPTIMO: una vez se efectivice la devolución de aportes a cargo de la demandada OLD MUTUAL S.A. y se acredite la desafiliación de la actora al sistema, deberá COLPENSIONES proceder a reconocer y pagar a la actora en un plazo máximo de seis (6) meses, pensión de vejez con fundamento en las reglas del acuerdo 049 de 1990, debiendo tener como IBL el más favorable que resulte del comparar el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laboral, debidamente indexados y una tasa de reemplazo del 90%. La pensión se podrá conceder por 14 mesadas al año siempre y cuando, sea igual o inferior a 3 smlmv, de lo contrario, solo se podrá conceder por 13 mesadas al año.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la Corte Suprema de Justicia, había trazado una línea jurisprudencial que era enfática en cuanto al deber de información que debían brindar las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradoras del sistema pensional, cuando había lugar a un traslado de régimen, entre las cuales estaba la SL 31989 de 2008, y entre la más reciente, la 39483 de octubre de 2020, por cuanto la decisión de pertenecer a uno u otro régimen debía ser libre y voluntaria al tratarse de una decisión trascendental que requería de una información completa, diáfana y comprensible y si bien para la época en que se había trasladado la actora del RPM al RAIS, esto es, año 1999, era claro que no se había expedido el régimen del consumidor financiero, como tampoco la Ley 797 de 2003, entre otras normas que regulaban el acto de traslado de régimen; lo cierto era que eso no era indicativo que para ese momento no existiera el deber de información a cargo de las AFP, ya que para dicha data se encontraban vigentes postulados como la buena fe y la confianza legítima en las relaciones negociales y algunas normas comprendían dicho deber de información, como lo eran los artículos 13 y 106 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993.

Señaló que para el caso concreto, el traslado de la actora había tenido lugar en mayo de 1999 del RPM al RAIS, advirtiendo sobre el deber de información que en el escrito de demanda se afirmaba no haber recibido este, lo que conforme a la línea jurisprudencial respecto al tema, correspondía a un supuesto negativo indefinido que conforme el artículo 167 CGP, trasladando a la parte contraria el deber de probar que sí se suministró dicha información, no habiendo allegado Old Mutual S.A., prueba alguna relacionada con el cumplimiento del deber de información distinta al formulario de afiliación, por lo que era fácil concluir que hubo una omisión injustificada de dicho fondo al respecto, ya que el formulario de afiliación no tenía la capacidad para probar el cumplimiento del deber de información, no habiéndose logrado con el interrogatorio de parte absuelto por la actora confesión alguna a este respecto, ya que si bien había indicado en dicha diligencia que se le dio algún tipo de información referente a su traslado, esta se enmarcó en el límite de las ventajas, sin que se le hubiera manifestado las desventajas que el traslado de podía acarrear ni menos que se le hubiera puesto de presente un comparativo entre uno y otro régimen, máxime cuando la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, superaba los 35 años de edad, no quedando otra alternativa que declarar ineficaz el acto de traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Precisó que dicha ineficacia no podía ser convalidada por la permanencia de la actora en el RAIS y no prosperaba la excepción de prescripción dado que en la acción judicial estaban inmersos derechos de carácter imprescriptible y en cuanto las consecuencias de la figura de la ineficacia, procedía aplicar las que habían sido señaladas por la jurisprudencia desde vieja data; esto es, retrotraer las cosas al estado inicial, devolviendo la AFP al RPM todos los dineros que hubiera recibido como consecuencia de la afiliación que se declaraba ineficaz, debiendo asumir a su cargo los deterioros por el bien administrado como lo eran gastos de administración, primas de seguro, comisiones y demás, los que debía de volver de manera indexada.

Señaló en cuanto a la calidad de beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que la actora conforme copia de documento de identificación había nacido el 13 de diciembre de 1995, por lo que a 1 de abril de 1994, contaba con 38 años de edad y conforme el AL 01 de 2005, era evidente que al 31 de julio de 2010, no había arribado a la edad de 55 años, establecido en las normas anteriores para adquirir derecho pensional, edad que alcanza en diciembre de 2010; por lo que al 25 de julio de 2005, la demandante requería un tiempo de cotización de 750 semanas a efectos de hacer extensivo el régimen de transición en el que se encontraba inmersa hasta el año 2014; respecto de lo cual, conforme las historias laborales allegadas por las demandadas, al 25 de julio de 2005, la demandante había cotizado a fondos públicos y privados 840,01 semanas de cotización, es decir una densidad muy superior a las 750 semanas, por lo que se le había extendido el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

Que habiendo cotizado la demandante a sectores público y privado, su prestación pensional en principio debía regirse por las previsiones de la Ley 71 de 1988, habiendo acreditado un tiempo de cotización total equivalente a 1313 semanas, antes del desmonte del régimen de transición; no obstante la demandante acumulaba tiempos cotizados en los sectores en mención, siendo posible por vía de jurisprudencia que se tuvieran estos en cuenta para adquirir derecho pensional bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, el que le resultaba más favorable a su situación pensional frente a la tasa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de reemplazo, habiendo acreditado la demandante los requisitos previstos para pensionarse bajo dicha normatividad al haber alcanzado los 55 años en el año 2010 y para el desmonte definitivo del régimen de transición contaba con una densidad de cotizaciones muy superior a las 1000 semanas, por lo que le resultaba más favorable concederle la prestación con fundamento en dicha normatividad ya que alcanzaría una tasa del reemplazo del 90% al superar las 1000 semanas de cotización.

Por lo anterior, una vez se hiciera efectivo el traslado de aportes ordenado como consecuencia de la ineficacia, Colpensiones debía reconocer a la demandante pensión de vejez prevista en el acuerdo 049 de 1990, una vez esta acreditara la desafiliación del sistema pensional, debiendo tener como IBL el que resulte más favorable al comparar el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de cotización o el de toda la vida laboral, aplicando una tasa de reemplazo 90%, advirtiendo que como dicha prestación se había causado el 5 de diciembre de 2010, se debía reconocer por 14 mesadas al año siempre y cuando fuera igual o inferior a 3 SMLV.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Old Mutual S.A.**, señaló en su recurso que para el año 1999, la demandante se había trasladado de régimen para lo cual firmó el formulario de afiliación y este era el único documento que se requería para la fecha y que validaba el traslado de régimen, que si bien existía un deber de información por parte de las AFP desde su creación, la jurisprudencia también había indicado que dicho deber ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo; sin embargo no se había hecho la debida interpretación de la norma vigente para el efecto en el año en que se trasladó la demandante, pues respecto a dicho momento se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 del mismo año, según el cual, los afiliados debían tener una información necesaria para el momento de su afiliación para evitar una coacción en su decisión de traslado de régimen, la que no se había evidenciado para el caso de la demandante ya que de su interrogatorio se podía establecer que había recibido una asesoría previa a la firma del formulario en la que se le había dado una información de las características del RAIS y el hecho de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que no se le hubieran realizado proyecciones, no implicaba el incumplimiento de dicho deber.

Señaló que en realidad la inconformidad de la demandante no recaía sobre el deber de información sino con el monto de la mesada pensional, y ello no era suficiente para determinar una ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que para dicha data no era posible determinar el valor de la mesada de la demandante. En cuanto a la condena de devolver rendimientos y gastos de administración de manera conjunta, no resultaba coherente aplicar la figura de la ineficacia en unos sentidos y otros no, entendiéndose que el acto jurídico de traslado nunca se había realizado, por lo que los frutos generados por los aportes en virtud de dicha afiliación, se debía entender que nunca se generaron, lo que desconocía que la AFP había tenido que incurrir en unos gastos que fueron descontados por virtud de la Ley, siendo procedente entonces devolver los gastos pero no los rendimientos.

En cuanto a las primas de seguros previsionales, también constituían un descuento legal autorizado que no se encontraba en poder de esa AFP, como quiera que se habían trasladado a las aseguradoras para la protección del afiliado de las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Por su parte **Colpensiones** recurrió señalando que conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia debía analizarse en cada caso particular y la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con expectativa legítima pensional al momento de su traslado aunado a que no se había probado la existencia de vicios del consentimiento, para declarar la nulidad del traslado, el que se había hecho en forma libre, voluntaria y sin presiones la que ratificó con la suscripción del formulario al RAIS, debiendo probar la actora conforme el artículo 167 del CGP el supuesto de hecho de la norma que invocaba como aplicable y también se debía revocar el reconocimiento pensional invocado como quiera que esa entidad no conocía la situación pensional actual de la demandante y también había lugar a disponer el traslado de la totalidad de los aportes depositados en el RAIS, sin descuento alguno.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora OLGA LUCÍA PEDRAZA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la entonces Pensionar hoy Old Mutual S.A., el 1 de mayo de 1999, como se verifica de copia del mismo aportada por esta demandada y por la parte demandante al plenario digital.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo peticionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, línea jurisprudencial que ha indicado en sentencias con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas y conforme lo señalado en precedencia para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Old Mutual S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Olga Pedraza, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Old Mutual S.A., también en sus alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta. Lo anterior por cuanto el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Aunado a lo anterior, dicho deber de información no se puede entender por suministrado con las afirmaciones de la demandante al absolver interrogatorio de parte, pues como lo indica la misma recurrente, de su dicho únicamente se puede establecer que le pusieron de presente las **ventajas** del RAIS, más no ninguna de las desventajas que le representaría su traslado de régimen pensional, como tampoco el paralelo de pertenecer a dicho régimen o de permanecer en el RPM.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones también en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones esbozado en alegaciones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se reitera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrarán a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De igual forma, no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Old Mutual S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

PENSIÓN DE VEJEZ

Resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **apelación y consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Old Mutual S.A., los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, **escenario en el cual, deberá analizar la normatividad aplicable a la demandante y determinar si es o no beneficiaria del régimen de transición que invoca**; razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, debiéndose entonces REVOCAR los numerales SEXTO y SÉPTIMO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **SEXTO y SÉPTIMO** de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800534-01 Dte: OLGA LUCÍA PEDRAZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15-2019-445-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA ESPERANZA GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A., y Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

traslado de régimen que realizara a través de Colfondos S.A., en subsidio peticiona se declare la nulidad de dicho acto, condenando a Colfondos S.A., al pago de los perjuicios causados e intereses moratorios. (fl. 7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició su vida laboral cotizando al ISS, en el cual se mantuvo afiliada hasta junio de 1999, que cuando laboraba para el Hospital de Suba fue abordada por un asesor de un fondo privado de pensiones, quien le informó que el ISS iba a desaparecer y su ahorro pensional se perdería, que no le señaló los requisitos para retornar al RPM, no le señaló la forma de liquidar la pensión al momento de cumplir los requisitos para el efecto, que podría pensionarse a la edad que quisiera, que su mesada pensional sería superior a la que recibiría de permanecer en el RPM, que no informó sobre el derecho de retracto.

Afirma que la AFP privada nunca le informó el capital mínimo requerido para obtener pensión de vejez, que no se le indicaron las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen ya que ella no cuenta con conocimiento alguno en temas pensionales por lo que suscribió formulario de traslado de régimen y durante los años de permanencia en el RAIS, tampoco le fue suministrada por parte de Colfondos S.A., las ventajas y desventajas de pertenecer a dicho régimen, no indicándole tampoco que faltando menos de 10 años para pensionarse podría retornar al RPM.

Indica por último que ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, tiempo durante el cual, no se le puso de presente proyección pensional alguna por parte de las AFP a las que se afilió. (fl. 4 a 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 26 y 34, negó los No. 28 a 33 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (fl. 43)

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 34 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios. (fl. 59)

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el contenido en No. 34, manifestó no constarle los No. 1, 2, 24, 25 a 28, 32 y 33 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 88)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora Gloria Esperanza Gómez del RPM al RAIS el día 30 de abril de 1999, como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a AFP Colfondos S.A., donde actualmente se encuentra afiliada la demandante traslade los recursos o sumas que obran en la CAI junto con sus rendimientos a Colpensiones y a esta que reciba dichos recursos, active la afiliación de la demandante y acredite los recursos como semanas efectivamente cotizadas en el RPM.

SEGUNDO: ABSOLVER a las partes demandadas de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente frente a una indemnización de perjuicios.

TERCERO: NO CONDENAR en costas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la demandante ni siquiera estaba segura si en algún momento había estado afiliada al ISS, no habiendo historia laboral que diera cuenta de eso, no obstante obraba una documental que daba cuenta que su traslado era proveniente del ISS, evidenciándose igualmente de la historia laboral allegada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por Porvenir S.A., que registraba 0 semanas cotizadas a entidades público, debiendo la demandante en el caso de haber efectuado cotizaciones a través de Cajas de Previsión o del ISS, solicitar la corrección de su historial laboral.

Que se encontraba probado que la demandante el 29 de abril de 1999, había suscrito formulario de afiliación a la AFP Colpatria, que fuera absorbida posteriormente por Porvenir S.A., en el cual estuvo afiliada hasta el 2008, como se evidenciaba de formulario SIAPF allegado, anualidad para la cual, se trasladó a Colfondos, sin que esa demandada hubiera allegado si quiera el formulario de afiliación suscrito por la actora, que conforme la documental en cita, tuvo lugar el 27 agosto el año 2008, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicaba que la afiliación a cualquiera de los regímenes debía ser libre y voluntaria por parte del afiliado y quien desconociera tal derecho, se haría acreedor a las sanciones previstas en el artículo 271 de esa disposición que podría ser pecuniaria y dicha afiliación quedaría sin efecto.

Que respecto de la afiliación libre y voluntaria, la Corte Suprema había venido sentando una línea jurisprudencial desde el año 2008, según la cual, resaltaba 2 aspectos relacionados con el consentimiento informado y el otro, la carga de la prueba, así en sentencia SL1689 de 2019, había realizado un recuento histórico de las etapas que han regulado el deber de información y en lo que tiene que ver la primera etapa, para el año 1999 en que se trasladó la señora Gloria, data para la cual, se debía poner de presente una información concerniente a las características, condiciones y riesgos de cada uno de los regímenes que permitiera conocer al afiliado las reales implicaciones del traslado, posterior a ello fijó el deber del buen consejo y hasta hoy, el de doble asesoría, considerando esa alta Corporación que la aceptación de las condiciones descritas en el formulario de afiliación no era suficiente para dar por cumplido dicho deber de información, aunado a ello, que la carga de la prueba del suministro de dicha información, le correspondía a la AFP, por corresponder a un supuesto negativo indefinido, pues el afiliado no podía acreditar que no había recibido la información.

Que para el caso bajo estudio, no se cumplía la carga de la prueba antedicha ya que Porvenir S.A., por entonces Colpatria únicamente había allegado al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

efecto formulario de afiliación y no obraba anexo o documento adicional que diera cuenta del suministro de dicha información en el año 1999, de otra parte, en interrogatorio de parte vertido por la demandante, no se lograba confesión alguna, ya que estaba había indicado que le habían explicado el riesgo frente a la liquidación del ISS, que se pensionaría en mejores condiciones y que sí le habían hablado respecto a la posibilidad de que sus aportes hicieran parte de una masa sucesoral; pero su dicho no daba cuenta que se le haya explicado ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales para considerar su afiliación como libre y voluntaria y formara un verdadero criterio respecto de su decisión de traslado, ya que si bien le planteaban condiciones más benéficas en el RAIS, no explicaban cómo acceder a tales beneficios.

En cuanto al traslado realizado a Colfondos, la Corte había sido clara al señalar que los traslados horizontales no convalidaban la falta del suministro de información del traslado primigenio, lo que determinaba que había lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por la actora el 30 de abril de 1999 y como consecuencia de ello, ordenar su regreso al RPM y frente a la incertidumbre de si había estado afiliada al ISS, el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, que creó a Colpensiones como única administradora del RPM, siendo clara dicha disposición en señalar que quienes hubieran pertenecido al RPM y retornaran a este esa era la única administradora a la que debían quedar afiliados.

En cuanto al pago de perjuicios, estos no se encontraban acreditados y se ordenaba el retorno de los recursos y rendimientos depositados en la CAI de la demandante al RPM resarcándose los perjuicios causados por falta al deber de información, en cuanto a los gastos de administración y primas de seguros, no era procedente ordenar su devolución, ya que ellos estaban sustentados en la Ley y aplicaban para ambos regímenes y lo propio ocurría respecto a las primas de seguros destinadas para los riesgos de invalidez y muerte, teniendo como objeto proteger a la demandante frente a dichos riesgos.

Indicó que no había lugar a condena en costas por cuanto Colpensiones no había intervenido en el acto de traslado y las AFP demandadas, habían tenido



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

razones atendibles para considerar que era válida la afiliación de la demandante; aunado a ello, no se generaba descapitalización alguna del RPM con el traslado de la demandante ya que se ordenaba el traslado de los recursos depositados en la CAI de la demandante y la acción resultaba imprescriptible.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA GÓMEZ URIBE, se circunscribe de manera principal a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se probó, se realizó mediante formulario suscrito con la entonces Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., el 30 de abril de 1999, como se verifica de copia del mismo, allegado a folio 102 del plenario.

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el juzgador de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Gloria Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada hoy Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose afirmar que dicha decisión fue libre y voluntaria como lo manifiesta esta AFP en sus alegaciones, como quiera que la actora no conocía respecto de las reales implicaciones de dicho traslado, pues tal cuestión, se itera, no se probó.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., en sus alegaciones el formulario de afiliación, no resulta válido para dar por cumplido el deber de información, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

De igual forma, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio alguno en su



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De otra parte, no sale avante el argumento planteado en alegaciones por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo señalado en precedencia, en grado de consulta a favor de Colpensiones habrá de **adicionarse** la decisión en este aspecto para ordenar el traslado por parte de Porvenir y Colfondos S.A. de los gastos de administración descontados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a cada una de estas AFP debidamente indexados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, no se puede considerar libre y voluntario; circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado respecto de la declaratoria de ineficacia y sus consecuencias.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de ordenar a las AFP Porvenir y Colfondos S.A., a trasladar a favor de Colpensiones junto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15201900445-01 Dte: GLORJA ESPERANZA GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

con los demás recursos ordenados en decisión que se estudia, los gastos de administración descontados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a cada una de estas AFP debidamente indexados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de consulta

CUARTO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15-2020-052-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida de Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas Colpensiones y Porvenir S.A y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA MERCEDES CORTÉS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que inició a cotizar al ISS desde el 11 de junio de 1984, que la afiliación que realizara en el año 2002 a Porvenir S.A, es ineficaz e inválida por falta de consentimiento informado, que dicha AFP incumplió con el deber de proporcionarle una información completa, veraz y comprensible respecto de las consecuencias de su traslado teniendo el deber del buen consejo; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se le ordene a esa demandada trasladar todos los aportes depositados en su CAI a órdenes de Colpensiones y a esta a recibirlos, tenerla como afiliada y actualizar su historia laboral.

Solicita se declare que tiene derecho a la pensión de vejez conforme lo previsto en la Ley 797 de 2003, condenando a Colpensiones a reconocer y pagar la misma, junto con retroactivo pensional, reajustes, mesadas adicionales e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició a cotizar al ISS desde 1984, que se trasladó del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A., en el año 2002, que el 17 de agosto de 2018 cumplió 57 años de edad, que de haber continuado afiliada al RPM, su mesada pensional para el año 2021, ascendería a \$4.780.605, cuantía que es mucho más alta a la que recibiría en el RAIS, que acredita más de 1300 semanas cotizadas al sistema pensional teniendo derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez, que el 27 de enero de 2020, solicitó ante Colpensiones la ineficacia de su afiliación al RAIS y pago de pensión, petición de la que no ha obtenido respuesta.

De igual forma solicitó ante Porvenir S.A., el suministro de los documentos relacionados con su traslado de régimen, por ser quien estaba en el deber de informarle de manera veraz, oportuna y suficiente respecto de las consecuencias del cambio de régimen pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas contra esta, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 7 y 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en numerales 15 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., efectuado el día 18 de noviembre de 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez recibida los conceptos arriba enunciados deberá estudiar si la demandante tiene o no derecho a la pensión de vejez, atendiendo lo enunciado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y para su liquidación lo dispuesto en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

QUINTO: ABSOLVER A LAS ENTIDADES DEMANDADAS de las demás pretensiones planteadas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en cuanto a la validez del demostrado traslado de la demandante al RAIS, la Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia había definido en línea jurisprudencial cuándo se podía considerar dicha decisión válida y contrario a ello, los parámetros que la llevaban a ser ineficaz, estableciendo el deber de información que debe mediar en la decisión de traslado, que se encuentra a cargo de las administradoras pensionales, previendo la procedencia de la ineficacia cuando se demostraba su inobservancia; al respecto dicha Corporación había señalado que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente ante la necesidad de un consentimiento informado, señalando que la simple firma del formulario y las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos, no eran suficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información, ya que a lo sumo se acreditaba un consentimiento pero no informado; de igual manera dicha Corporación había señalado que la información que imparte el promotor o el asesor del fondo privado debe contener aspectos favorables como desfavorables del cambio de régimen, que la carga de la prueba del consentimiento informado, está en cabeza de las AFP y finalmente que no es necesario que la persona esté en régimen de transición o tenga un derecho pensional consolidado para que pueda solicitar la ineficacia y la Ley 663 de 1993, enunciaba que las entidades vigiladas debían suministrar a sus usuarios la información para lograr la mayor transparencia en sus operaciones.

Conforme lo anterior indicó que analizado el material probatorio allegado, se demostraba que la demandante se encontraba afiliada al ISS previo a su traslado al RAIS, Instituto al que cotizó 554,86 semanas, que su traslado al RAIS tuvo lugar el 18 de noviembre de 2002 a través de Porvenir S.A., que si bien esta AFP había relatado en su contestación haber suministrado a la actora una información clara y contundente respecto a las consecuencias de su traslado, no existía una prueba de dicha afirmación y del formulario de afiliación no se podía derivar ningún tipo de asesoría y menos de la índole



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que indicó la AFP demandada y del interrogatorio de parte que rindió la demandada, esta había indicado que para la fecha de traslado de la actora, no existía la obligación de dejar documentada la asesoría dada en tal oportunidad y de igual manera del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, no se derivaba confesión alguna, ya que reiteró no haber recibido una asesoría adecuada y suficiente respecto a las consecuencias del traslado de régimen.

Afirmó que al ser el formulario de afiliación el único documento a través del cual se pretendía derivar en cumplimiento del deber de información, el mismo según los precedentes jurisprudenciales no resultaba ser suficiente para entender que la administradora en este caso Porvenir, había suministrado a la señora María una información mínima acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; razón por la cual, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación bajo estudio ordenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes financieros y los gastos de administración que poseía la actora en su CAI, sobre estos últimos refirió que conforme a los efectos de la ineficacia, las cosas tienen que volver al estado al inicialmente se encontraban con antelación, es decir como si no hubiese ocurrido y por ello dichos gastos se debían retornar al RPM, junto con aportes y rendimientos y una vez recibidos estos, Colpensiones debía entrar a estudiar si la demandante cumplía con los requisitos para acceder a derecho pensional de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no podía referirse sobre dicho reconocimiento ya que la documental allegada al proceso daba cuenta que había cotizado 1226 semanas de cotización, siendo expedida en junio de 2021, y al no conocerse con certeza cuándo se realizaría el traslado de aportes ordenado Colpensiones primero debía tener los aportes objeto de traslado, para resolver lo pertinente, por lo que se emitiría orden en este sentido a dicha entidad.

Señaló por último que esta acción tenía relación intrínseca con el derecho pensional, no siendo por ello de carácter prescriptible.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** indicó que recurso que se encontraba plenamente demostrado que la demandante alcanzaba la edad y semanas de cotización requeridas para ser beneficiaria de la pensión por vejez, esto por cuanto de las historias laborales aportadas por las demandadas, se deducía claramente que había cotizado 1226 semanas, estando pendientes por confirmar 292.2 de lo que se deducía claramente que la apreciación de primer grado desconocía tales documentales, ya que no se habían sumado correctamente dicha densidad y las pendientes por confirmar según Porvenir S.A., eran un engaño que producía un efecto fraudulento, carga que no se podía trasladar al trabajador cuando las 2 entidades y el despacho no habían sabido cotejar debidamente las semanas, ya que se las quitan y las ponen en pendientes por cotejar, lo que no era cierto porque Colpensiones certificaba 554 semanas más 942,8 más 284, suman más de las requeridas para efectos pensionales, encontrándose cumplidos los presupuestos para reconocimiento pensional, no pudiendo seguir dilatando en el tiempo el mismo, menos cuando obraba en el plenario acreditado de manera correcta la densidad de semanas, debiéndose revocar la providencia de manera parcial en cuanto a la negativa de reconocer pensión de vejez.

Porvenir S.A., recurrió señalando que el deber de información que se le debía suministrar a la demandante en el año 2002, data para la cual estaba vigente el Decreto 663 de 1993 y la circular 19 de 1998, la que indicaba que se entendía materializado y válido el consentimiento del afiliado con la sola suscripción del formulario de afiliación; pudiéndose deducir que esa AFP había cumplido con la totalidad de las exigencias normativas al momento de promover dicho traslado, no habiendo lugar a equívoco en la voluntad de la demandante quien 19 años se benefició de las características del RAIS. Que el fallo se sustentaba en una ausencia de información conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, afirmación que era equívoca ya que no se le podía exigir a esa AFP una asesoría para el año 2002 conforme pronunciamientos que se daban luego de 6 años de dicho acto de traslado, esto es conforme lineamientos inexistentes para la época en que se dio dicho traslado, quedando demostrado en el proceso que a la actora sí se le brindó



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la información, no pudiendo exigírsele que hubiera documentado la misma pues las normas vigentes para la época no lo exigían y dicha obligación nació solo con el Decreto 1748 de 2014.

Que se había allegado el formulario de afiliación que era el documento por excelencia que daba la certeza de que la asesoría fue brindada además, este formulario daba luces de que la demandante recibió la información, lo que había quedado también demostrado con el interrogatorio de parte, con las contradicciones que tuvo la demandante en sus respuestas como que no se le había brindado la información respecto y manifestó que aceptó no realizar aportes voluntarios, lo que se dejó consignado en el formulario, que se le había brindado la información referente a los beneficiarios en el momento de la asesoría y reconoce como tal a su esposo y sus 2 hijos; pero a pesar de ello niega que se le haya dado información referente a la historia laboral, que conforme tal formulario y las respuestas de la demandante, se evidenciaba que sí le había dado la información al respecto.

En cuanto al traslado de los dineros existentes en la CAI de la demandante y las consecuencias de la declaratoria ineficacia, conforme lo dispuesto en el artículo 1746 del CC, uno de los efectos de la declaratoria era que había lugar a las restituciones mutuas allí contempladas, razón por la cual, no tendría esa AFP por qué devolver los rendimientos ni gastos de administración sino solamente las cotizaciones efectuadas por la demandante y ya estos serían una pérdida para la ella por la ineficacia del traslado, en aplicación de dicha preceptiva legal, no entendiéndose porque se ordena la devolución de unos rendimientos y gastos de administración que en efecto jamás tuvieron que haber existido ni tampoco se hubiesen tenido que generar si se observaba a que la demandante tampoco estuvo jamás en el RAIS y conforme el artículo 20 inciso segundo de la ley 100 si está contemplado también en el RPM un pago de gastos de administración en un porcentaje del 3%, pues estos están llamados a financiar la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes e invalidez, estando llamados a prescribir, por cuanto no estaban destinados a financiar la pensión de vejez, cuestión que pone de presente la Superintendencia Financiera en concepto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

emitido el 15/01/2020 en el cual señala que cuando medie ineficacia de traslado, los únicos dineros que se deben retornar son las cotizaciones y los rendimientos y la devolución de estos gastos con destino a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa para esa entidad al no haber una norma legal ni menos constitucional que disponga tan devolución ni cualquier otra distinta a las cotizaciones y a los rendimientos, siendo estos una contraprestación de la AFP por la excelente gestión de los rendimientos generados de las cotizaciones realizadas por la demandante, los que deben declararse igualmente prescritos al no estar llamados a financiar la prestación de vejez.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA MERCEDES CORTÉS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 18 de noviembre de 2002, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la AFP en mención junto con contestación.

En este orden, se tiene que la figura de ineficacia de traslado de régimen pensional ha sido desarrollada en línea jurisprudencial, indicado la Corporación de cierre de esta jurisdicción respecto de dicha figura en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María Cortés, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultara relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, deber que no se suple con las manifestaciones esbozadas por la demandante en interrogatorio de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

parte, como bien lo señaló la decisión de primer grado ya que esta afirmó de manera clara que únicamente se le habían puesto de presente **beneficios** del RAIS para promover su traslado, más no dijo que se le hubiera informado las posibles consecuencias negativas que le podría acarrear dicha decisión como la disminución de su mesada pensional y lo afirmado por ella respecto de los aportes voluntarios, es claro que constituye una de las características positivas de permanecer en el RAIS, no pudiéndose por ello afirmar que también se le pusieron de presente las consecuencias negativas de su decisión.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo - artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".
(Negrilla fuera del texto original)*

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de la recurrente Porvenir S.A., según la cual, para la fecha de traslado de la demandante a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado ni menos dejarla documentada en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la demandante, pues como se dijo, nada lleva a tal conclusión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

A más de lo anterior, es claro para la sala que el formulario de afiliación no suple el deber de información bajo estudio, no pudiéndose considerar el traslado de la señora María como libre y voluntario contrario a lo indicado por las demandadas en alegaciones, ya que esta no conocía las reales implicaciones del mismo.

De otra parte, contrario a lo señalado por Colpensiones en alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado también en alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Sobre este punto, en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara la juzgadora de primer grado, pues así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración** debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo anterior, procede señalar a la AFP recurrente que los conceptos emitidos al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no son de obligatoria observancia por parte de esta jurisdicción, pues tal carácter lo poseen las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción en las que se apoya esta Sala, decisiones que igualmente han reiterado la imprescriptibilidad de las acciones de esta naturaleza, así como de los emolumentos objeto de traslado entre los que se encuentran los gastos de administración.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO***PENSIÓN DE VEJEZ**

Sobre este punto, observa la sala que no hay lugar a variar la decisión de primer grado en cuanto dispuso la absolución de esta pretensión; lo anterior, por cuanto no es dable condenar a Colpensiones a reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, contrario a lo señalado por la parte demandante en su recurso y alegaciones, el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 15202000052-01 Dte: MARÍA CORTÉS ÁLVAREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a horizontal line below it.

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M - E - S - B' with a vertical line through the middle.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L - T - R' with a large loop at the end.

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

ORDINARIO No. 19-2019-95-01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

DEMANDANTE: BLANCA FLOR FONTECHA BARRERA

DEMANDADO: VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA VISE LTDA

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

ALEGACIONES

Durante el término previsto en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demanda contra el auto proferido por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintitrés (23) de octubre de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se negó el decreto y practica de una prueba. (Se aclara que este despacho fue remitido al Juzgado 41 por el juzgado 19 en virtud del acuerdo CSJBTA20-19)(Fls 206 y SS)

HECHOS

La señora **BLANCA FLOR FONTECHA BARRERA**, instauró demanda en contra de **VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA VISE LTDA** para que mediante el trámite de un

proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 2 de julio de 2011 al 8 de agosto de 2018, en cuyo transcurso se omitieron pagos. En consecuencia, solicita el pago de liquidación según el verdadero salario devengado, pago de sanciones moratorias, indemnización por despido injusto, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, aportes, indexación, costas. (Fls 8 al 27)

El Juez de instancia, durante la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, el Juez señaló que en la contestación de la demanda solo se incluyó como testigo al señor FABIAN MARULANDA, no encontró ningún otro. De igual forma ordenó a VISE incorporar pago de aportes.

Inconforme con esa decisión el apoderado de la demandada teniendo en cuenta que dentro de la contestación de la demanda si se solicitan en el numeral tres los testigos, luego no se explica por que no aparece en el expediente, ello en el juzgado 19 con sello de recibido en donde aparece si fueron solicitados.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A de C P DEL T y de la S S la Sala resolverá el recurso.

Bien vale entonces ahora recordar que acorde a lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento, sin perjuicio de la defensa de las partes. **Por su parte el artículo 53 ibídem lo faculta para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito o desde luego aquellas que no se solicitan en las oportunidades procesales pertinentes esto es, demanda, contestación, sin olvidar las facultades officiosas del Juez en aras del esclarecimiento de los hechos.**

Ahora como ya se aclaró este proceso fue remitido al Juzgado 41 por el Juzgado 19, cuando ya mediante providencia de octubre 31 de 2019, TUVO POR CONTESTADA la demanda, la cual dado el año de presentación lo fue de manera física efectivamente con sello de recibido 12 de julio de 2019, en 18 folios. Vale aclarar que en el expediente fue nuevamente foliado y dicha contestación se observa a folios 74 al 90; **sin que exista ninguna irregularidad o alteración de los folios;** siendo claro que contrario a lo indicado por la demandada en sus alegaciones en el acápite de prueba solo hay tres numerales no cuatro, el tercero de ellos titulado TESTIMONIOS y en donde solo se

solicita llamar a declarar a FABIAN MARULANDA, luego de ello solo se observa el acápite de anexos y el de notificaciones.

De manera que la decisión del Juez será confirmada, toda vez que en verdad en la contestación no se solicitaron los testigos que dice el apoderado pidió y ello se itera puede fácilmente deducirse del texto, aportado y debidamente foliado.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

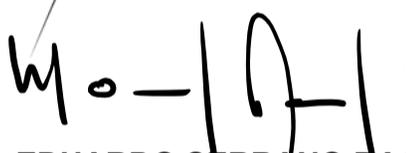
PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Bogotá

SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO No. 20-2019-547-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JUAN HAIBER GUERRERO SOLORZANO

DEMANDADO: BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de enero de 2020, por medio de la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito o fondo denominadas por la demandada **BRITISH AMERICAN TOBACCO DE COLOMBIA S.A.S.** como: **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **COBRO DE LO DEBIDO**, por lo considerado en esta providencia

SEGUNDO: En consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada **BRITISH AMERICAN TOBACCO DE COLOMBIA S.A.S.**, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante **JUAN HAIBER GUERRERO SOLORZANO**. Tásense incluyendo como agencias en una suma equivalente a un (1) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ANTECEDENTES

El señor **JUAN HAIBER GUERRERO SOLORZANO** por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la

demandada **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.**, a pagar las diferencias resultantes entre lo pagado y lo que debió cancelar por concepto de salarios y entre lo pagado por concepto de Smart Payment que debieron cancelarse a partir del mes de octubre de 2016 a la fecha, a nivelar salarialmente, en cuanto a las comisiones, en relación con los demás vendedores, a pagar la diferencia resultante entre lo que se pague y lo que deba pagarse por concepto de prestaciones sociales legales y convencionales de accederse a las anteriores pretensiones y a pagar la indexación sobre las sumas dejadas de percibir. (Expediente Digital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 15 de junio de 2004, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con BRITISH AMERICAN TOBACCO S.A.S., **en el cargo de analista de calidad y laboratorios, en la planta de Bosa**, que aplicó para una convocatoria de vendedor que ofertaba la empresa, que la empresa incluyó en el esquema salarial nuevos elementos como el Smart Payment y las comisiones y accedió a dicha oferta, el 1° de septiembre de 2014, que la empresa le hizo nombramiento de vendedor, que la empresa le ofreció un incremento del 20% del salario base, comprendiendo una base total de \$1'588.085, compuestos de la siguiente manera: salario base de \$1.588.085, comisiones hasta \$256.012 y suma no constitutiva de salario de \$98.672, que el 1° de diciembre de 2015 la empresa le informó que recibiría un incremento salarial como vendedor de 7.39%. **Agregó que comparando los ingresos salariales con los demás compañeros, encontró diferencias en las comisiones recibidas y por ello presentó ante su jefe solicitud de nivelación de comisiones**, que el 19 de octubre de 2016 la empresa le hizo entrega de otro sí al contrato laboral y en la cláusula segunda se estipuló que *“el esquema de remuneración estipulado por las partes y vigente a la fecha, está compuesto por una suma fija de \$1.388.127 mensuales, comisiones por un valor de \$288.128 y Smart Payment por valor de \$111.050”* y en la cláusula tercera del otro sí se indicó que cambiaría el salario en los siguientes términos *“(…) la remuneración del trabajador estará compuesta por 1) salario variable y/o comisiones mensuales cuyo valor al 100% de cumplimiento será de \$1.088.404, este valor puede variar de acuerdo al cumplimiento de sus resultados comparados con los objetivos definidos por la compañía, 3) y un Smart Payment no constitutivo de salario por valor de \$81.206”*, que en el otro sí manifestó que *“No estoy de acuerdo con este otro sí (sic) porque se está desmejorando mi condición salarial”*, que la empresa dio aplicación al otro sí sin tener en cuenta las manifestaciones de no aceptación, que el 28 de febrero de 2017 elevó derecho de petición a la empresa solicitando aclaración del por qué? se hizo caso omiso ante su desacuerdo en el otro sí, que la empresa no dio respuesta al derecho de petición y el 27 de marzo de 2017 solicitó respuesta

inmediata al derecho de petición elevada el 28 de marzo de 2017. (Expediente Digital)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA SAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3, negó los No. 4 a 8 y 10 a 18 y manifestó no constarle el No. 9. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis lo siguiente: *“...señaló que el problema jurídico se circunscribe a determinar si al demandante se le adeuda suma alguna por concepto de salarios y Smart Payment desde octubre de 2016 o si hay lugar a la nivelación salarial respecto de los otros vendedores y como consecuencia de ello se debe reliquidar sus prestaciones legales y convencionales. Tomó en consideración las documentales aportadas por las partes y se recibieron los interrogatorios de parte del representante legal de la demandada y los testimonios de Alexander Cotrino y Carlos Porra. **El representante ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda y no confesó nada adicional.** El testigo Alexander Cotrino señaló que ingreso a ser vendedor desde el año 2010 y que el demandante venía devengando un 25% menos de las comisiones pero que después, le fue nivelado con los demás vendedores, que el salario está comprendido entre el salario básico y comisiones y el Smart Payment. En cuanto, al testigo Carlos Porras, manifestó que es trabajador de la demandada en Bogotá, labora desde el 2015 y que fue jefe del demandante para el año 2017 a 2019, que las comisiones para todos los vendedores es la misma, que el demandante como venía de otra área y pasó al de ventas tenía un salario básico mayor, pero con un tope de comisiones menor y que en la actualidad no le consta como está haciendo en la actualidad la remuneración del demandante. Los referidos testimonios fueron tachados de sospechosos y se declaró no probada las tachas propuestas, pues los testigos son conocedores de los hechos objeto de debate.*

*Con los anteriores elementos de prueba y la normatividad vigente el despacho llegó a la siguiente conclusión: en primer lugar, no es objeto de debate la existencia del contrato suscrito, que lo fue a término indefinido desde el 15 de junio de 2004 y que desde el 1° de septiembre de 2014 a la fecha el demandante desarrolla las labores de vendedor y desde el mes de octubre de 2016 se cambió la tabla salarial al demandante, aplicando en su integridad la que se usa para los demás vendedores de la compañía. Lo que se pretende por parte del demandante es el pago de la diferencias resultante dentro del salario básico que venía devengando y el Smart Payment desde octubre de 2016 por el cambio de tabla en remuneración, como se ven en los desprendibles de nómina allegados por las partes pero aumentando el monto de las comisiones que anteriormente eran de máximo \$288.128 y Smart Payment de \$111.150 como se evidencia en la carta enviada por la compañía al demandante. **Por tanto corresponde determinar si el demandante sufrió un detrimento económico en el cambio de su tabla salarial al dejarla al igual que la de los demás vendedores**, como dicen las partes, por lo que se estudiaron los desprendibles de pago aportados por el demandante, en lo que para el año 2015 devengó por salarios la suma de \$15.711.035 más \$2.329.965 por comisiones y bonos sodexo de \$1.252.986 para un total de estos tres conceptos de \$19.293.986, para el año 2016 devengó por salario \$16.661.143, mas \$2.073.212 por comisiones y por bonos sodexos de \$1.332.889, para un total de esos conceptos de \$20.067.244, para el año 2017 no fue posible contar con todos los desprendibles de pago, para el*

año 2018 devengó por salarios básicos la suma de \$13.784.738, mas \$7.355.855, por comisiones y por bonos sodexo \$1.102.781 para un total por estos tres conceptos de \$22.243.404; **en donde se extrae que la suma global del actor del año 2016 al año 2018, tuvo un incremento a sus ingresos por esos conceptos del 10.84%, mientras que el IPC del año 2016 5.7% y 2017 4.1%, sumaron tan solo 9.8% teniendo el actor a su favor un poco más de un punto adicional de incremento a su favor durante los años 2017 y 2018, respecto al año 2019 la nueva tabla salarial le fue más favorable al demandante ya que recibió por salario básico la suma de \$14.779.414 más \$9.489.480 por comisiones y por bonos sodexo \$1.182.350 para un total por estos tres conceptos \$25.451.244, lo que quiere decir que respecto del año anterior 2018 el incremento de sus ingresos fue de 14.42%, mientras que el 2017 fue de 3.2% y el salario mínimo subió a 6%. Por lo anterior es claro para el despacho que la escala salarial que se viene aplicando a los vendedores, la más beneficiosa le da las oportunidades de devengar sumas superiores a las que venía devengando con la anterior escala salarial que tenía antes de pasar al cargo de vendedor y que si bien el salario básico y el bono sodexo o llamado por las partes Smart Payment bajo dicha disminución fue aumentada con creces al aumentar el tope máximo de comisiones que para el año 2016 era de \$288.128 y para dicha data paso a ser hasta del 100% de comisiones, es decir si cumpliera la metas de \$1.088.404, es decir que las comisiones por ventas podían subir un 378% más de lo que venían siendo pagadas en septiembre de 2016 hacia atrás y como se observa el comportamiento de la nómina del actor del año 2018 y 2019, sin haber llegado al tope máximo de comisiones obtuvo un ingreso más alto de los que le hubiera podido corresponder con la anterior tabla salarial. **El despacho aclara que no es de recibo lo que el demandante pretende esto es, que se le aplique parcialmente la escala salarial de los demás vendedores de la compañía que como lo mencionan realizan la misma actividad, esto en lo que respecta al pago de la liquidación y comisiones y los elementos como el salario básico y el bono Smart Payment no, ya que se estaría generando una situación de desigualdad no respecto al demandante sino para con los demás vendedores que tendría una condición más desfavorable respecto del demandante en el caso de habersele aplicado solo la nivelación salarial, con relación a la forma de liquidar comisiones por venta, lo cual contraría lo dispuesto en el artículo 143 del C.S.T. En ese hilo, teniendo en cuenta el texto del otro sí que no suscribieron las partes, pero que se aplicó al demandante desde octubre de 2016 con la anterior tabla para el año 2015 podía devengar mensualmente máximo \$1.787.305 que correspondían al salario básico \$1.388.127 por comisiones del 100% de \$288.128 y por bonos sodexos \$111.050, mientras que con el esquema salarial que se aplicó desde 2016, junto con los demás vendedores de su mismo nivel pudieran devengar mensualmente para el 2016 hasta \$2.182.432 conformado por salario básico \$1.012.022, comisiones hasta \$100% \$1.088.404 y bonos sodexo \$81.206, suma total que supera el monto de la tabla anterior en un 18 o 10% tal y como lo confirma el testigo de la parte, estaban devengando hasta un 25% más que el demandante. Trajo a colación la sentencia 31701 emitida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se indica que el *ius Variandi* ha sido considerado como un verdadero derecho que tiene el empleador dentro de ciertas limitaciones de disponer cambios y en ejercicios de las prerrogativas puede ordenar modificaciones, variaciones, alteraciones y cambios en tareas, horarios, promociones, cesiones, traslados, sin el consentimiento del trabajador. También en sentencia 30854, indicó sobre el *ius Variandi* que no puede ser ejercida de manera arbitraria, por lo que su ejercicio ha de obedecer a razones objetivas y validas sea de orden técnico u operativo que lo hacen ineludible o al menos justificable, es cierto que el empleador constantemente está cambiando o modificando el salario del trabajador, cambios generados al incremento, pues al empleador no le está permitido disminuir unilateralmente el salario del trabajador por ello se reitera que el *ius Variandi* permite al empleador modificar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo en la medida en la que no afecta las condiciones laborales del trabajador y disminuir el salario, no es una facultad unilateral del empleador. **Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia indicada, concluyó que no existe una disminución total salarial del demandante, la variación de escala salarial aplicada al señor Guerrero Solorzano desde octubre de 2016 no afecta su dignidad humana, su seguridad,******

ni sus derechos constitucionales legales, mucho menos afecta los elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que se encuentra justificada razonablemente el cambio de escala salarial con el fin de mejorar las condiciones salariales del trabajador, ya que como lo había indicado previamente en el año 2016 pasó de poder llegar a devengar \$1.787.305 a ganar hasta \$2.182.432, llegó a la conclusión que el cambio de la tabla salarial del actor a partir del mes de octubre de 2016 no generó ningún perjuicio o desmejora en el salario total o los ingresos que venía devengando de lo contrario desde dicha data ha tenido la oportunidad de venir aumentando sus ingresos laborales, en comparación de las sumas que le venían siendo pagadas en la tabla salarial anterior, máxime cuando se tiene que el 82% de las comisiones es tenida en cuenta como remuneración ordinaria, por lo que si bien el salario básico bajo, la remuneración salarial total, no tuvo efectos negativos para el demandante, de lo contrario cuenta con la posibilidad de aumentar su salario mensual. Respecto de la nivelación salarial con los demás vendedores, señaló que es una pretensión desarrollada de manera genérica que no fue desarrollada en los hechos de la demanda y que no cuenta con pruebas documentales que acrediten que los otros vendedores venían devengando sumas superiores a las del demandante, para poder entrar al estudio de posible nivelación salarial y como quiera que todas las pretensiones pendían de que se condene a la demandada al pago de las supuestas ,mayores sumas dejadas de pagar por concepto de salarios básico y bono Smart Payment lo que absuelve de todas las pretensiones a la demandada, excepciones se declaran probadas las excepciones de mérito denominadas por la demandan como inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y se considera exonerado de analizar de fondos las demás excepciones propuestas por la pasiva.

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso así: indicó que solicita la revocatoria de la sentencia con base en las declaraciones de los testigos, interrogatorio rendido por el representante legal de la demanda y las documentales aportadas en la demanda. Resaltó lo dicho por el señor Carlos Porras, que indicó que el caso del demandante era una situación atípica, por el esquema salarial, por lo que considera que hay un reconocimiento por parte de la empresa de que es una situación de tratamiento diferente al resto de los vendedores, lo que significa que venía de otro cargo operativo de planta y venía a ejercer las funciones de vendedor, que él tenía en el otro cargo, un salario básico superior a los vendedores y la oferta radicaba a que se iba a respetar el salario en su cuantía y reitera es una situación particular en su salario básico, por lo que considera un trato diferenciador de la empresa y ese tratamiento debe tener una consecuencia jurídica por la discriminación con los otros vendedores, en esa consecuencia señaló que el demandante encuentra que los otros vendedores tienen una comisión más alta, encontrándose en desventaja porque el salario básico más las comisiones no le permitían tener un salario importante y por eso pidió la nivelación solo en las comisiones, considerando que existe un *ius variandi funcional* es decir que las partes desde el inicio, ambas, de común acuerdo decidieron cambiar sus condiciones porque pasaba a un nuevo cargo y esquema salarial, ese cambio, es un tema sustancial y que conforme a la sentencia 14991 del 2016 se indica que cuando se trata de cambiar situaciones sustanciales del contrato de trabajo debe tenerse en cuenta la bilateralidad, la anuencia del trabajador para los cambios, y para el caso no se tuvo en cuenta la voluntad del trabajador, pero la empresa impuso un nuevo esquema salarial, siendo un cambio sustancial, bajando el salario básico cuando inicialmente se había acordado que se respetaba, el hecho de que las comisiones dependen conforme lo indicó la representante a los valores como número de clientes, recaudo, pagos, que son valores que unidos todos se pagan al 100%, luego es posible que en cualquier momento no tenga acceso a comisión y únicamente va a recibir el salario básico, y señala que en el año 2017 en los meses de abril y junio no tuvo comisiones, solo recibió salario básico y es precisamente por ese motivo la inconformidad del demandante, pues no es equitativo, ni razonable, perjudicando el ingreso económico porque no logra llegar a las comisiones, entonces para el demandante era importante se sostuviera en el salario básico para efecto de

prevenir esas situaciones. Considera por lo anterior, que en cuanto a la primera pretensión de la diferencia salarial se debe acceder a las pretensiones y en el Smart Payment como dijo la representante legal que es el 8% sobre el salario y el salario se rebajó, ese concepto también se rebajó con las consecuencias prestacionales.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo dispuesto en el art 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el recurso, en los puntos específicos expuestos en la sustentación.

Comienza la Sala por hacer algunas precisiones relativas a la nivelación salarial que contempla el artículo 143 del C S T, que aunque no fue el apoyo que estrictamente se dio a las pretensiones en la demanda, ya que allí básicamente se acude al art 53 de la C P y el 132 del CST; surge necesario analizar ya el recurrente afirma que con el interrogatorio de parte y declaraciones de testigos, **se debe tener por acreditado que existe un trato diferente en el salario del actor con el de los demás vendedores, dado que uno de ellos señaló que este es un caso atípico. No sobra agregar que cuando se expone una indebida valoración probatoria debe el recurrente señalar cual fue el error del Juez sin que ello signifique que la impugnación contenga formulas sacramentales, pero si resaltando que esta fija los puntos a resolver por el Tribunal.**

Lo primero que observa la Sala es que nada confesó el representante legal de la demandada al respecto y menos aún nada puede inferirse de las declaraciones de los testigos, como erradamente sostiene el recurrente, pues revisados por la Sala solo se encuentra que todo lo dicho se dirige a explicar como este caso diferente, sí, por cuanto implica un cambio de cargo e incluso de sede por cierre de planta, no constituye una desmejora salarial, ni implica un trato discriminatorio, fundamento de la contestación de la demanda y las excepciones.

Ahora nada dijo el recurrente, sobre el estudio detallado que el Juez hiciera de las nominas y en que efectivamente pudo determinar que el ingreso del demandante no tuvo desmejora alguna en los periodos señalados; y por el contrario lo que sí se afirma en el recurso son hechos futuros e inciertos, como cuando dice que “es posible que en algún momento no se logren las comisiones” o que se trata de prevenir que no se desmejore el salario, porque se itera esos son hechos que no se han dado, siendo claro por el contrario, que el actor no solo ha mantenido el valor de su salario, sino que lo mejoró en los periodos objeto de las pretensiones.

De otra parte y se itera, aunque específicamente el apoyo de las pretensiones no fue lo estipulado en el artículo 143 del CST, fue analizado por el Juez, toda vez que se

insistió, no solo en el juicio, sino en el recurso, **en un trato diferente con los demás vendedores, solicitando implícitamente entonces una nivelación**, aunque ciertamente y como señaló el Juez de manera parcial, pues solo solicita nivelación en las comisiones, pero sin tocar el salario básico, lo que no resulta procedente, pues se afectarían las escalas de los demás a quienes si se les afectaría el ingreso resultado del desarrollo **de la misma actividad**.

Conviene entonces recordar que es el principio de igualdad en el campo salarial, en los términos en que se encuentra establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. Reza la norma:

- “1. A trabajo igual **desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales**, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”*

Tal principio ha sido objeto de diversos pronunciamientos en los que la CSJ lo ha explicado; siendo pertinente traer a colación la sentencia SL4825 de noviembre 25 de 2020; en donde al estudiar un caso similar, esto es cuando en la demanda se solicita el pago de diferencias, pero implícitamente se solicita nivelación todo ello resultado, de cambio de cargo; la Corte expresó:

“(..)

Con la demanda inicial, también se acompañaron nóminas de pago de salarios del señor Luis William Ávila Camaro, quien tenía una asignación salarial de \$45.060,10 en el año 2011, y cuyo cargo en esa anualidad era el de Electricista en el Municipio de Mosquera (fs. 46 a 49).

Frente a dicha diferencia, el representante legal de la enjuiciada al absolver interrogatorio de parte, dijo que ello obedecía a que dentro de la empresa existían varias plantas en distintos municipios del país, algunas de mayor nivel, y que las de Itagüí, Mosquera y Buga son más grandes por cuanto producen doce mil toneladas cada una, en forma aproximada, teniendo entonces los Electricistas una mayor responsabilidad, mientras que la de Bucaramanga, produce dos mil doscientas a dos mil quinientas aproximadamente, y quienes ejercen ese cargo devengan un salario inferior, siendo entonces en razón del grado de responsabilidades que se establece la diferencia salarial (CD. Del 29 mayo/12, a partir del minuto 22:30); lo cual se corrobora con la declaración de la señora Lilé Dargueth Tuirán Ardila testigo solicitado por la parte actora, quien afirmó ser la Jefe de Gestión Humana de la Planta de Mosquera de la accionada, y sostuvo que la asignación salarial para la época de los hechos se establece por responsabilidades del cargo (CD. A partir del minuto 47:32).

Al respecto, debe precisarse que en la demanda inaugural se planteó la reclamación de una diferencia salarial pero derivada por el cambio de cargo, es decir, que al pasar de Electromecánico a Electricista, conservó la asignación

de sueldo del primer empleo, cuando la del último que ejerció era superior, conforme al pacto colectivo vigente entre 2009-2010; no obstante, conforme a lo debatido en la primera instancia, fácilmente se advierte que lo que realmente pretende el demandante es una nivelación salarial ante la desigualdad que existe entre lo percibido por el señor Luis William Ávila Camaro como Electricista, y lo devengado por Pinzón Cadena en igual cargo, y no en virtud del cambio de cargo y por el pacto colectivo, como se solicitó en el escrito inaugural

Al respecto, debe acotar la Sala que en tratándose de nivelación salarial, fundada en haber ejercido igual cargo, pero con asignación remunerativa inferior, con fundamento en el artículo 143 del CST, que consagra el principio a trabajo igual salario igual, le corresponde en principio al promotor la carga de la prueba de acreditar la existencia de otra persona que desarrollara idéntico cargo con similares funciones, y equivalencia de jornada de trabajo, rendimiento y eficiencia, de donde se colija el trato diferenciado.

En punto del debate, esta Sala en sentencia en la CSJ SL14349-2017, que rememoró la CSJ SL1503-2016, dijo:

Ahora bien, desde la perspectiva de lo jurídico, en atención a la vía escogida para el ataque, logra extraer la Sala que la censura se opone al precedente acogido por el juez colegiado, en relación con la asignación de la carga de la prueba en cabeza del trabajador de los referentes de comparación en cuanto a puesto de trabajo, jornada laboral y rendimiento, cuando se reclama la igualdad salarial con base en el artículo 143 del CST, y, para ello, contrapone otro precedente, la sentencia CSJ SL del 2 de noviembre de 2006, No. 26437, donde esta Corte asentó lo siguiente:

Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral. (Negrillas fuera del texto original).

De las lecturas de los precedentes enfrentados por el impugnante, se aprecia, a primera vista, que no son discordantes; por el contrario, se complementan, en la medida que el invocado por el contradictor de la sentencia prevé otra situación adicional, cual es el caso donde, para obtener la nivelación salarial, se alega la existencia de un escalafón que fija los salarios para determinado cargo, en cuyo evento no se requiere la demostración de las mismas condiciones de eficiencia; solo bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial.

[...]

Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de

condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto:

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato. CSJ SL 17442 de 2014...”

Con base en lo expuesto encontramos que la carga atribuida al trabajador, en este caso, tal y como acertadamente concluyó el Juez no fue cumplida, pues desde la demanda en forma genérica se refirió, **a los demás vendedores y al concepto salarial comisiones, cuando de acuerdo con la jurisprudencia el trabajador debe acreditar o señalar trabajadores de referencia, de comparación para que se pueda establecer que desempeñando las mismas funciones, en las mismas condiciones de eficiencia y similitud de funciones, recibe un trato diferente, para que el empleador entonces demuestre una causa que lo justifique lo que en este caso, no era posible ya que nunca se acreditaron los trabajadores con los cuales hacer la comparación.**

Ahora bien, aún aceptando entonces que fuese válida la comparación con los demás vendedores y contrario a lo sostenido en el recurso; las pruebas, _ esto es, no solo la documental sino las mismas declaraciones que el recurrente cita en su favor _ ; lo que hacen es demostrar es que no se trata de un trato diferente, sino de una situación diferente, toda vez que el demandante fue vinculado en otro cargo, con un básico diferente al de los vendedores, el cual curiosamente se quiere mantener, pero adoptando el régimen de comisiones, lo que en sí riñe con el principio de igualdad salarial.

Así las cosas, esta Sala considera que no existe ni discriminación o trato diferente, ni diferencia alguna a cancelar en los periodos solicitados, pues no se ha dado rebaja salarial alguna.

Finalmente, conviene resaltar que tal y como también señaló el Juez ante el desacuerdo del trabajador no se suscribió el otro sí, lo que no implica que se haya hecho una rebaja salarial y vulnerado el artículo 132 del CST; toda vez que lo que se hizo fue adecuación de escala, ante el hecho comprobado de cambio de cargo acreditado y comprobado; por circunstancias que no es del caso analizar porque no surgen relevantes para determinar la prosperidad de las pretensiones ante el hecho ese si acreditado y estudiado con base en las pruebas documentales; de la inexistencia de desmejora o rebaja del ingreso del demandante.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

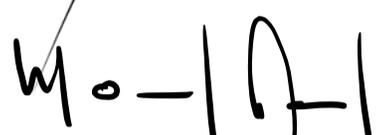
PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA, apelada de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA LUCIA GALINDO BORDA VS
AYUDA CLÍNICA ASOCIADOS SAS. RAD 21-2020-213-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término previsto en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, solicitando la demandada, se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

OLGA LUCIA GALINDO BORDA, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **AYUDA CLÍNICA ASOCIADOS SAS**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y en consecuencia solicita el pago de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, horas extras, recargos nocturnos, aportes, dotación, sanción por no pago de cesantías, indemnización por despido sanción moratoria del artículo 65 del CST, indexación. (expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que suscribió un contrato por prestación de servicios con la demandada, para prestar servicios como auxiliar de enfermería desde el 3 de abril de 2019 al 10 de noviembre del mismo año, que realizaba turnos de 12 y 24 horas, en los horarios asignados, que recibía por turno de 12 horas, la suma de \$25.000 y por los de 24 \$\$85.000, que la demandada establecía turnos y lugares de prestación de servicios en hogares geriátricos y/o domicilios, que la demandada indicaba los medicamentos a suministrar, que se vio

obligada a renunciar el 31 de octubre de 2019, dados los incumplimientos, que a la terminación no le cancelaron la liquidación, que ante los reclamos y como retaliación fue denunciada en la UGPP por evasión de pagos. (Expediente Digital).

La demandada, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, por cuanto dice no tienen respaldo en los hechos. En cuanto los hechos aceptaron la relación laboral, pero afirmando fue mediante contrato de prestación de servicios, renunciando de manera voluntaria por cuanto dijo, le había salido una mejor oferta laboral. Negó en su mayoría los demás hechos. Propuso la excepción de ausencia de relación laboral.

Tramitada la primera instancia, la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el tres (3) de agosto de 2021, por la que resolvió:

1. *“Declarar probada la “AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL” propuesta por la demandada.*
2. *NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA formuladas por OLGA LUCIA GALINDO BORDA en contra de AYUDA CLINICA ASOCIADOS SAS....”*

La Juez para llegar a su decisión señaló: *“ A fin de resolver el asunto, el Despacho debe partir de las premisas normativas que regulan la existencia del contrato de trabajo en nuestro país. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurran tres (3) elementos esenciales, a saber: a) la actividad personal del trabajador b) la continuada subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador y c) un salario como retribución del servicio.*

De igual manera, el numeral segundo, la misma norma dispone que una vez reunidos los tres elementos, se entiende que existe contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Esta última regla contenida en el artículo mencionado es una manifestación concreta del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, consagrado a nivel constitucional en el artículo 53 de nuestra Carta Política. Así pues, los Jueces Laborales de la República tienen el deber constitucional de hacer primar en los casos sometidos a su estudio, la auténtica y verdadera interacción de las partes en el marco de la prestación de servicios personales, por sobre aquella que se pretenda acreditar a través de medios puramente formales. De manera adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una importante ventaja probatoria en favor de quien pretende acreditar la existencia de un contrato de trabajo, consistente en que a la parte actora tan solo le corresponde probar la prestación personal del servicio para que se presuma que su vínculo estuvo regido por una relación laboral, y es la parte que se opone a esa pretensión la que debe desvirtuar tal inferencia mediante la prueba de que los servicios contratados se ejecutaron de manera autónoma o independiente. Se tiene entonces como prueba documental aportada al plenario, copia de los Formatos de Control de Asistencia con membrete de AYUDA CLÍNICA S.A.S. en los que se registra la fecha de realización de los tratamientos realizados por la señora LUCILA GALINDO al paciente RAFAEL ALBERTO OCHOA SANTANA desde el 03 de abril al 29 abril, del 01 al 31 de mayo y del 02 al 08 de noviembre de 2019, tal como consta a folio 92, 94 a 95, 101, 180, 182 a 183 y 189 del Archivo No. 01 del expediente digital. Igualmente, a folio 15 del Archivo 10 del expediente consta la renuncia suscrita por la actora dirigida a la entidad encartada de fecha 31 de octubre de 2019, en la que manifiesta que debido a mejores

ofertas, laboraría en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA hasta el día 09 de noviembre de 2019. Estas documentales valorados en conjunto con la aceptación realizada por la encartada del hecho 1° relativo al inicio de la prestación personal del servicio, así como la aceptación parcial del hecho 3° en el que se señalaron los extremos en que esta tuvo lugar, es decir, entre el 03 de abril de 2019 al 09 de noviembre del mismo año, permiten acreditar el primero de los tres elementos del contrato de trabajo, como es la prestación personal del servicio.

*En ese orden, activada la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T. le corresponde al aparente empleador derruirla, por lo cual se procederá al análisis del material probatorio arrojado para tal fin. Así, se aportó el Convenio de Prestación de Servicios Mercantiles para servicio de enfermería celebrado entre AYUDA CLÍNICA SOCIADOS S.A.S. como CONTRATANTE y OLGA LUCÍA GALINDO BORDA como CONTRATISTA suscrito el 04 de abril de 2019, visible de folios 17 a 21 del Archivo 10 del expediente digital, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios de turnos de enfermería y/o eventos puntuales según su disponibilidad en el domicilio o lugar que se convenga. Acuerdo que describió en su literal a) la posibilidad ofrecida por la encartada al contratista, en este caso la demandante, de ejecutar los servicios según ubicación o zona del paciente y disponibilidad de tiempo, así como contempló la posibilidad de aceptar o rechazar dicha programación, si el contratista no contaba con el tiempo para realizarla o no se ajustaba a sus necesidades. Situación que se ajustaba a la realidad del desarrollo contractual, tal como como se logró corroborar con la declaración de la testigo **MARÍA CLAUDIA CÓRDOBA OVIEDO**, Gerente Asistencial de la sociedad demandada desde hace 10 años, persona que si bien aseguró no conocer a la demandante, con ocasión a su cargo, describió en detalle el procedimiento de prestación del servicio de enfermería en la compañía, el cual aseguró, se encontraba estandarizado e iniciaba con la recepción de la solicitud por parte de la EPS, la cual contenía el nombre del paciente, su número de identificación, el servicio y la zona en la que se encontraba ubicado. Contó que con base en esa solicitud se revisaba en la base de datos la disponibilidad del personal que pudiera realizar el manejo realizado por la EPS con el fin de poderles consultar y validar si se ajusta o no a sus necesidades. Además, indicó que la información que reposaba en esta base de datos relativa a la zona de ubicación y disponibilidad para prestar los servicios era proporcionada por los mismos auxiliares de enfermería que habían suscrito el convenio mercantil con la empresa, quienes eran contactados por medio del área de Recursos Humanos, en primera oportunidad y de forma general, a través de Whatsapp, y en caso de manifestarse interés, se ampliaba la información por medio de un correo electrónico detallado, en el que se exponía el plan de manejo enviado por la EPS. Siendo enfática señalar, **que, en definitiva, eran los mismos contratistas quienes decidían si aceptaban o no el servicio de acuerdo con su disponibilidad de tiempo, pues el departamento de recursos humanos únicamente validaba las hojas de vida, el registro en red y su acreditación. De esta forma, lo acabado de relacionar, deja sin asidero las afirmaciones de la demandante expuestas en su interrogatorio relativas a la imposibilidad de elegir los turnos de acuerdo a su disponibilidad y a los pacientes según su zona, pues las pruebas acabadas hasta aquí analizadas reflejan una realidad diferente, como es la potestad y autonomía con la que contaba la actora al poder elegir estos aspectos relevantes en la prestación de su servicio. Mas aun cuando no se tiene nada que respalde el dicho de la actora, y bien la testigo indica que no conoció directamente la actora, ante su pasividad probatorio, se genera el convencimiento que esta era la forma de prestarse los servicios. También, debe resaltarse que la señora OLGA LUCÍA GALINDO en su interrogatorio afirmó que pese a haber asistido a todos los turnos programados, de no haber podido presentarse a estos por alguna razón, contaba la posibilidad de pagarle “por aparte” a una compañera para que los realizara y la cubriera, añadiendo más adelante, que estos cambios debía reportarlos a la empresa; situación que confirmó la testigo MARÍA CLAUDIA CÓRDOBA OVIEDO al indicar que cuando era aceptado el turno por la auxiliar de enfermería y se presentaba alguna circunstancia que impedía su realización, existía la posibilidad de que fuera realizado por otra persona, circunstancia que incluso, sucedía mucho entre las***

mismos colaboradores, quienes se cubrían o se remplazaban; sucesos que no eran siempre informados a la empresa, y de los que se enteraban por quejas posteriores del cliente, sin que estas acciones conllevaran a la imposición de sanciones o faltas disciplinarias, como también lo afirmó el representante legal de la sociedad demandada. Cabe advertir que la testigo **MARÍA CLAUDIA CÓRDOBA OVIEDO** pese a ser la única deponente traída a juicio, merece plena credibilidad por haber lucido espontánea y coherente en sus dichos, al narrar aspectos propios de su actividad laboral, con los cuales tiene relación directa. En ese orden, es claro que la actora contaba con la posibilidad de cambiar sus turnos o de coordinar reemplazos o llegadas tarde directamente con su compañera de trabajo lo cual pone en duda el elemento *intuitu personae*, propio y característico de los contratos de trabajo, pues del contrato de comercial suscrito entre las partes, tampoco se desprende la exigencia de que la actividad de auxiliar de enfermería deba cumplirla un sujeto en específico, en este caso, la demandante...En este mismo sentido, si bien el representante legal de la sociedad demandada al preguntársele si la actora en algún momento dejó solo, descuidó a uno de los pacientes o incumplió con la realización de sus turnos, respondió que se remitía a lo expuesto en la contestación de la demanda sin dar detalles al respecto incumpliendo con el deber de informarse previamente sobre los hechos objeto del proceso y generando un indicio en su contra, **esta juzgadora estima que su respuesta lejos de constituir una confesión, no genera efectos adversos a la demandada, en tanto lo que se debate en este escenario más allá del cumplimiento o no de sus obligaciones, son las situaciones de modo, tiempo y lugar en que se la actora ejecutó sus actividades.** De otro lado, debe hacerse hincapié en que la actividad de la demandante era la realización de turnos de enfermería que podían ser de 12 de horas, de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. o de 24 horas, entre las 7:00 a.m. a 7:00 a.m. del día siguiente, como bien lo afirmó tanto la demandante como el representante legal de la encartada, en los que se suscribían formatos de control asistencia o se diligenciaban algunas notas de enfermería como las que se relacionan de folios 103 a 107 del Archivo 01 del expediente digital, sin embargo, considera esta juzgadora que el cumplimiento de estas actividades se encuentran enmarcadas dentro la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades y la coordinación propia del convenio comercial de prestación de servicios entre las partes en pro del cumplimiento del objeto contractual, sin que la misma resulte desbordada y pueda convertirse en la subordinación propia de los contratos de trabajo. En este punto, resulta oportuno traer a colación la **Sentencia SL13020-2017, radicado 48531 del 16 de agosto de 2.017, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo**, en la cual se analiza detenidamente el elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, indicando que este se concreta en la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se define en el sometimiento del primero a ordenes o imposiciones del segundo y que se constituye en el elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1.945, replicado en el ya mencionado artículo 23 del CST, en el que concurre la actividad personal del trabajador, el salario como retribución y la continuada subordinación que faculta al empleador a para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, los cuales debe mantenerse por todo el tiempo de la duración del contrato. Asimismo, en esta oportunidad nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral, resaltó que mientras que la prestación de servicio se caracteriza por la autonomía o independencia que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, **lo cual lo cual si bien lo exime de recibir órdenes no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, siendo imprescindible que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.** En ese sentido, el hecho de que la demandante tuviera un horario establecido para la realización de sus turnos, no implica por sí mismo que nos encontremos ante la presencia del elemento subordinación, pues esto no se asimila a la capacidad de impartir órdenes, instrucciones e incluso a la potestad correctiva que se predica del empleador sino a la facultad de especificar lineamientos mínimos para que la actividad se desarrolle de

manera autónoma, pero coherente con el objeto contractual. Al igual, obran unos documentos que contienen los detalles de las actividades realizadas por la actora, que se asemejan a una bitácora y contienen información de carácter médico que da cuenta de la evolución de los pacientes que estuvieron bajo el cuidado de la actora, así como las Notas de Enfermería visibles de folios 27 a 91 y 103 a 106 del Archivo 01 y folio 09 del archivo 05, sin embargo, de la lectura de estos no se logra extraer que la demandante estuviese sometida al poder subordinante de AYUDA CLÍNICA ASOCIADOS S.A.S. y por el contrario evidencian el seguimiento o aplicación de las prescripciones médicas dispuestas para el paciente, aspecto característico del servicio de atención en salud, siendo relevante indicar que en estos casos, es el profesional en medicina y no el profesional en enfermería, quien determina el tratamiento de un paciente, sin que su cumplimiento implique el ejercicio de una subordinación sobre quien aplica ese tratamiento, en este caso sobre la señora OLGA LUCÍA GALINDO BORDA. Así como también sucede con el Plan de Manejo emitido para cada paciente por la EPS y las obligaciones y prohibiciones del contratista consignadas en el Convenio de Prestación de Servicios Mercantiles suscrito entre las partes, las cuales precisamente se enmarcan dentro del cumplimiento efectivo y estricto de los servicios de salud y del cuidado del paciente, como son la aplicación de protocolos propios para el servicio, la revisión de historia clínica, la organización de actividades de acuerdo al plan de manejo emitido por el médico tratante y manejo e implementación de lo establecido en el Manual de Seguridad del Paciente, entre otras. (folio 17 y 18 del Archivo 10). **De otro lado y no menos importante, resultan las afirmaciones de la misma demandante proporcionadas al absolver su interrogatorio, cuando asegura que su supuesta jefe muy rara vez llamaba, y cuando lo hacía le pedía la entrega de las notas de enfermería y el registro de asistencias a los turnos, así como lo relativo a las justificaciones que otorgó ante el no ingreso a las capacitaciones requeridas la empresa, las cuales distan de acciones propias de un trabajador subordinado.** En otro orden, también se advierte la existencia de distintas cuentas de cobro visibles de folios suscritas por la demandante y dirigidas a la sociedad encartada, cuyo contenido lejos de evidenciar algún aspecto que ponga en evidencia la prestación del servicio fue subordinada, dejan entrever el pago la contraprestación percibida por concepto de honorarios, acorde a lo pactado el acuerdo comercial por las partes y reflejan la variación mensual de la cantidad de turnos y su duración, como dan cuenta los folios 93, 96 a 100 ,102, 184 a 188 y 190 del Archivo No 01. Otro aspecto relevante, es que desde el mencionado convenio comercial suscrito entre las partes, se pactó como obligación del contratista, es decir, en cabeza de la demandante, el llevar los implementos necesarios propios de su profesión, que permitan garantizar la aplicación de las técnicas que contribuyan a la recuperación o mejoramiento de la condición del paciente asignado, tal como se consignó en el literal e) del numeral segundo (folio 18 archivo No. 01) como lo corroboró la testigo **MARÍA CLAUDIA CÓRDOBA OVIEDO** quien aseguró que lo único que se le entrega a las auxiliares de enfermería son las credenciales para que puedan realizar el registro de las actividades que realizan en una plataforma, pero son ellas quienes deben tener sus elementos tales como el termómetro, tensiómetro, pulsoxímetro, etc, con los cuales se deben presentar a la realización del servicio, y que si bien el paciente podría contar con elementos adicionales como oxígeno u otros equipos, estos eran proporcionados por la EPS, de acuerdo al plan médico y no por la empresa, como también lo indicó el representante legal en su interrogatorio, de lo cual emerge con claridad que la actora utilizaba sus propios elementos para ejecutar el servicio de auxiliar de enfermería contratado. **De lo hasta aquí expuesto, resulta forzoso concluir que la parte demandada logró derribar la presunción relativa a que la prestación personal del servicio ejercida por la actora fue de carácter subordinado y por el contrario dejan ver que estas actividades se caracterizaron por una alta independencia y autonomía de parte de la contratista, logrando desvirtuar el elemento de subordinación y dependencia....”**

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandante interpone recurso así: “La parte demandante indicó que no se encontraba conforme con la decisión como quiera que la versión de los testigos y del interrogatorio de parte del

*representante legal, en su gran mayoría están basados en supuestos de hecho y por tal razón apelo la decisión. Primero, bajo la primacía de la realidad la demandante en la duración del vínculo suscrito con la parte demandada en su primer paciente prestó 24 turnos por mes de 12 horas, lo cual arroja 288 horas al mes, pues nunca faltó a ningún turno y la prestación del servicio fue en óptimas condiciones luego no hubo un proceso disciplinario. Refiere que manifestaban que la demandante podía escoger los pacientes y turnos, pero centrado en el caso en concreto, solo tuvo 2 pacientes, en tanto el primer cambio que se hizo fue con ocasión del deceso del paciente que tenía y por tal razón fue enviada al segundo paciente, cambiando el cambio de turnos de 12 horas a 24 horas al mes, situación que en este caso se convertía en 300 horas al mes, que excede las horas máximas permitidas tanto en la jornada ordinaria como extraordinaria, situación que no puede ampararse ante un contrato de prestación de servicios para precarizar la prestación del servicio personal de ninguna persona; siendo absurdo que el contrato de prestación de servicios pueda exceder en forma circunstancial y abundante las horas de una persona. Así mismo, la demandada indicó que se podía elegir de 6, 8 a 24 horas y no es entendible como una persona teniendo turnos más favorables, siempre elige los desfavorables. Es físicamente imposible que luego de esta jornada se vaya a prestar servicios en otro lado. Manifestó que faltó un análisis frente a los supuestos de hecho en los que se basaron los argumentos tanto del testimonio, como tanto de la contestación de la demanda y del interrogatorio de parte, todo son supuestos de hecho, pues remitiéndose al vínculo en concreto, la demandante siempre prestó los turnos, que efectivamente por la ética profesional le era imposible dejar a un paciente solo y desatendido en tanto la responsabilidad recaía sobre ella. Por otro lado, la testigo indica efectivamente que son los protocolos de la empresa, pero nunca pudo demostrar por qué? esos protocolos diferían en la prestación del servicio de la demandante y difería en que efectivamente solo tuvo 2 pacientes y no hay una prueba tan siquiera sumaria que demostrara que la demandante eligiera los pacientes y domicilios, y entonces es entendible que la actora elija los turnos más extensos, los más retirados de su casa y que solamente haya tenido 2 turnos y que cambiara del uno hacia el otro, porque el primero fallece. **Por lo que considera que el despacho no hizo un análisis concreto basado en el principio de la realidad y a diferencia del despacho si considera la defensa que hubo prestación del servicio y que hubo una subordinación continua, en el entendido que prestó los servicios en los 2 lugares que la empresa la envió, en turnos de 12 y 24 horas que siempre los prestó, nunca hubo llamados de atención, porque los servicios fueron óptimos y considera que no se valoró en debida forma que si efectivamente los elementos para prestar el servicio al paciente, no fueron entregados por la empresa demandada, si fueron entregados por el cliente que originó el contrato comercial por lo tanto el beneficiado era la empresa demandada y la EPS que era el último que recibía la prestación del servicio, por ende considera que fue pobre y escaso el análisis de la subordinación en el caso concreto...."***

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso de apelación en el que básicamente se indica no se hizo una debida valoración, de los testimonios e interrogatorio que son según dice "supuestos de hecho", específicamente sobre la subordinación.

De la primacía de la realidad y el contrato de prestación de servicios

Afirma la recurrente que la Juez se equivocó en la valoración de la prueba, porque se basó en supuestos de hecho en el testimonio e interrogatorio de parte de la demandada y por ende no se apoyó en el principio de la primacía de la realidad.

Efectivamente el eje central de la litis en la primera instancia fue la determinación de existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo**, hecho que desde el inicio se expresó en la demanda por la parte actora, mientras que la demandada lo negó insistentemente asegurando que el contrato fue de prestación de servicios y desarrollado de manera autónoma.

Desde ya se advierte en criterio de esta Sala le asiste razón a la Juez de primera instancia que en un juicioso análisis se refirió a los elementos del contrato (art 23 CST) y a la presunción establecida en el art 24 del mismo ordenamiento, **encontrando que se había demostrado en el proceso la prestación del servicio y por ende probada la subordinación, pues justamente es esa la ventaja probatoria que ofrece el artículo 24 del CST, luego ninguna valoración debía hacer la Juez al respecto, pues solo debía analizar si la parte en quien obra en contra la presunción logró con pruebas derruirla.**

Y es que para la Sala contrario a lo afirmado por el recurrente también en sus alegaciones, la Juez si realizó un análisis serio de las pruebas; que en el recurso se ignoran deliberadamente, como el interrogatorio de parte de la demandante en el que se confiesan hechos que solo confirman que en lo que verdad se desarrolló fue un contrato de prestación de servicios.

Por ejempló olvidó el recurrente que la actora confesó que su supuesta jefe "rara vez la llamaba" y que cuando lo hacía solo era para pedirle notas de enfermería y registro de asistencia a turnos, lo cual es propio de todo tipo de contratos, y más de este, en que es justamente ese el servicio que se presta. Olvidó también que la actora confesó que podía no asistir a las capacitaciones que de hecho cuando no lo hacía la supuesta jefe solo le indagaba el motivo, ignoró también y además que la parte actora confesó que si no podía ir a un turno bien podía mandar un remplazo, lo cual, si tiene que ver con la ética, no se niega, pues al tratarse de personal de salud, no es posible solo no ir, pero además refleja la autonomía y un aspecto importante, también ignorado en el recurso y es que el primer elemento del contrato de trabajo consagrado en el artículo 23 del C S T indica que para que haya contrato de trabajo se requiere prestación personal del servicio - dice la ley-; **esto es realizada por el mismo, luego cuando puedo delegarse o pagar a otros para que la realicen se desvirtúa en principio ese elemento esencial.**

Decimos en principio, porque en el campo de la salud, es usual este tipo de remplazos, sin que sea definitivo en el análisis, solo que en este caso específico ese no fue el único aspecto que logró destruir la presunción; sino los demás que analizó la Juez, que no se limitaron ni a las afirmaciones de la testigo ni a lo afirmado por el representante legal de la demandada; tales como la presentación de cuentas de

cobro de honorarios, dado lo pactado y según la duración de los turnos acordados, o como el hecho aceptado incluso en el mismo recurso, de los suministros de elementos **no por la demandada, sino por el “cliente”, como denomina al paciente el recurrente, sin que nada interese si es la EPS quien se beneficie, o que otra persona pueda serlo, pues lo importante es que esos elementos que en un contrato de trabajo los suministra el empleador, claro y acreditado quedó en este proceso, no lo fueron por la demandada.**

Es que así se pactó en el contrato y a eso se refirió también la Juez, cuando indicó como desde el comienzo, la actora se comprometió a llevar los elementos necesarios para contribuir a la recuperación del paciente y claro también la testigo MARIA CLAUDIA CORDOBA OVIEDO, no solo lo corroboró -y su dicho aportó plena certeza no solo este aspecto sino en otros relativos a la autonomía de la demandante que lejos están de ser “supuestos de hecho”-; sino que dejó claro que nunca se entregaron elementos, tales como tensiómetros, termómetros etc y que si en algunos casos estos los aportan los pacientes, -usual resulta también, dicho sea de paso que cuenten con ellos-; son las auxiliares de enfermería quienes aportan los propios para el desarrollo de su profesión. No puede negar el recurrente que así fuese y se limita entonces a decir que eran de los pacientes y que ello beneficiaba a la EPS, tema este del beneficio que acá no fue discutido, siendo absolutamente irrelevante su análisis; pues lo cierto es que no fueron suministrados por la demandada.

La Sala además resalta lo que el recurrente parece pasar por alto y es el análisis serio y concordante con las confesiones de la actora, que hizo la Juez de las declaraciones de la testigo; específicamente en cuanto al hecho de que si era la actora autónoma en elegir sus pacientes y disponibilidad. Que solo fueron dos, que estaban lejos; ello no hace inferir que no fuera ella quien participara en la elección y menos aún las disquisiciones sobre la desfavorabilidad, de turnos por excesivos en tiempo, pues si bien pueden serlos en tiempo no en remuneración, siendo ella la más lógica respuesta a la pregunta de el por que de la elección que se hace el recurrente. Se itera estas afirmaciones en juicio y en el recurso solo lo son; no están sustentadas, no están acreditadas en juicio y por el contrario las declaraciones de la testigo resultan coherentes y consistentes, acreditando lo contrario.

No sobra agregar que en verdad en este caso el contrato firmado como contrato de prestación de servicios fue el desarrollado. En consecuencia, no es que la Juez no hubiese valorado las pruebas, por el contrario, dado su análisis acertado fue que concluyó que la demandada logró demostrar que la prestación de servicios no fue subordinada; lo que no destruye que se hayan prestado, los turnos en óptimas condiciones, ni que no haya habido llamados de atención, solo que esto se recuerda

es propio de todos los contratos no exclusivamente de los de trabajo y más se itera en este tipo de labores en que se involucra la salud y vida de pacientes.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia pues lo expuesto en el recurso no tiene la fuerza para quebrarla.

Sin costas en esta instancia

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY