

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CARMAR** promovió contra **CENTRO MYA y el I.C.B.F.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora aspira a la declaratoria de un contrato de trabajo con el CENTRO MYA del 01 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2017; el cual terminó sin justa causa; y que el CENTRO MYA hace parte de los centros educativos del I.C.B.F. Como consecuencia de lo anterior, solicita que las demandadas en solidaridad reconozcan y paguen cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a

seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Celebró con CENTRO MYA contrato de prestación de servicios para desempeñar el cargo de Educador Especial, a partir del 01 de marzo de 2012; **2)** Recibía instrucciones, órdenes y comunicados del CENTRO MYA, así como debía cumplir horario, y solicitar permisos; **3)** Su último salario fue de \$1'951.400; **4)** Se afilió al sistema de seguridad social en calidad de independiente, realizándose cotizaciones por CENTRO MYA desde agosto de 2015, empero, con un salario diferente al realmente devengado; **5)** El 30 de noviembre de 2017, se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de prestación de servicios; **6)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; **7)** El I.C.B.F. para el cumplimiento de su objeto social realiza acuerdos contractuales con centros de educación especial, como el CENTRO MYA, con quien suscribió los contratos de aporte 1079 de 2013, 1032 de 2014, 1170 de 2015, 1417 de 2016, 1834 de 2016, y 1741 de 2017, para tal fin; y **8)** El 21 de marzo de 2018 elevó reclamación administrativa ante el I.C.B.F., quien respondió de forma negativa el 10 de abril del mismo año.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

El **I.C.B.F.**, (fls. 155 a 177), notificado de la demanda, contestó oponiéndose a las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, y la genérica.

Aceptó que para el cumplimiento de su objeto social celebra acuerdos contractuales con centros de educación especial, como el CENTRO MYA, con quien suscribió los contratos de aporte 1079 de 2013, 1032 de 2014, 1170 de 2015, 1417 de 2016, 1834 de

2016, y 1741 de 2017, para tal fin; y que el 21 de marzo de 2018, el actor elevó reclamación administrativa, empero, se negó lo pedido el 10 de abril del mismo año. Negó los demás hechos.

Manifestó que no por el hecho de ejercer la supervisión de recursos públicos, deba asumir el pago de relaciones contractuales de las que no hizo parte; que las obligaciones derivadas del contrato de aporte son únicamente entre el I.C.B.F. y el CENTRO MYA, pues éste último gozaba de total autonomía e independencia para la celebración de contratos de trabajo; que el contrato de aporte se celebra con el centro de educación especial, y éste nombra el personal bajo su completa dependencia, por demás que por la celebración de estos contratos, no tiene ningún tipo de lucro, y por el contrario, se entregan dineros con una destinación específica: brindar atención integral a niños y niñas; y que por lo anterior, no puede ser considerado como beneficiario de la obra, pues el servicio que presta CENTRO MYA es para un fin común.

Por su parte, **CENTRO MYA** (fls. 191 a 208) también contestó oponiéndose a las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, pago, inexistencia de la obligación, y prescripción.

Aceptó que celebró con el demandante un contrato de prestación de servicios el 01 de marzo de 2012 para que realizara labores de Educador Especial; que efectuó aportes a pensión del actor para los años 2015 y 2016; que para el cumplimiento del objeto social del I.C.B.F., se suscribieron los contratos de aporte 1079 de 2013, 1032 de 2014, 1170 de 2015, 1417 de 2016, 1834 de 2016, y 1741 de 2017; y que el 21 de marzo de 2018, el actor elevó reclamación administrativa ante el I.C.B.F., empero, se negó lo pedido el 10 de abril del mismo año. Negó los demás hechos.

Expuso que con el demandante celebró contratos de prestación de servicios con el fin de que éste fuera Educador Especial de niños y niñas, jóvenes, y adultos con deficiencia en el desarrollo mental; que dentro del desarrollo de la relación contractual no existió subordinación; y que los contratos finalizaron por expiración del plazo fijo pactado.

Pese a que el A Quo admitió el **llamamiento en garantía** que el **I.C.B.F.**, hizo a la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, (fls 365 y 366) la entidad llamante no efectuó gestión alguna tendiente a vincular a la llamada en garantía al proceso, razón por la que, en auto del 18 de febrero de 2020, el fallador de primera instancia declaró “ineficaz” dicho llamamiento en los términos del art. 66 del C.G.P y citó para audiencia del artículo 77 del C.P.T.S.S. (fl 371)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de noviembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió el A Quo, que el acervo probatorio permite establecer que el demandante conocía los términos de su vinculación, pues en interrogatorio de parte señaló que previamente estaba mediante cooperativa; que el pago de aportes a pensión como independiente de parte del actor, es una conducta propia de un contratista; que aunado a lo anterior, el demandante tenía un grado de escolaridad como profesional que le permitía comprender su forma de vinculación, lo que se logra deducir de los testimonios; que si bien el actor debía cumplir con una planeación de CENTRO MYA, ello no denota subordinación, ya que hacía parte del cumplimiento de sus obligaciones, gozaba de autonomía, pudiendo en tal programación establecer su horario, previa supervisión del centro de rehabilitación; que el actor aceptó que podía ceder el contrato de manera parcial o total, con el aval de la entidad contratante,

lo que permite desnaturalizar el contrato de trabajo, pues la prestación del servicio no fue personal; que con los testigos no se logra verificar órdenes, así como tampoco de las actas de reunión obrantes en el plenario; y que si se tienen en cuenta las cotizaciones realizadas por CENTRO MYA desde agosto de 2015, la conclusión sería que a partir de dicha calenda podría tenerse como vinculación mediante contrato de contrato, no obstante, tal situación no fue objeto de pretensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que está plenamente acreditada la prestación del servicio, que fue continua e ininterrumpida como Educador Especial; que lo anterior, se corrobora con los contratos de prestación de servicios, la contestación de la demanda, y el mismo interrogatorio de parte de CENTRO MYA; que no se desvirtuó el elemento de la subordinación, pues se fincó la defensa en las formalidades del contrato, pero el actor no tenía autonomía ni autogestión; que de los testigos se puede establecer el cumplimiento de un horario, órdenes, que tenía jefe inmediato, que ésta aprobaba sus actividades y permisos, que los materiales eran brindados por CENTRO MYA, que sus funciones eran iguales a los trabajadores de nómina, que la única diferencia con los trabajadores de nómina era el salario, que era sujeto de sanciones, que se desarrollaba el objeto social de CENTRO MYA; que las condenas deben incluir las sanciones moratorias al excluir un actuar de buena fe, dado que el actor estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios, y las funciones estaban dirigidas a realizar el objeto social de CENTRO MYA; y finalmente que el I.C.B.F. es solidario, pues se tercerizó una labor propia de ésta en cabeza de CENTRO MYA.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver**, se circunscriben a determinar, si la relación contractual entre las partes deviene en una de índole laboral; y de ser el caso, si hay lugar a reconocer las acreencias laborales pretendidas, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa, y si el I.C.B.F. debe responder en solidaridad por las condenas que se impongan.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EXTREMOS TEMPORALES.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, con inmodificable persistencia, que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción (ver al respecto sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

Así, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no son objeto de controversia en la instancia, los siguientes hechos: **i)** La prestación personal de los servicios del demandante, en favor de

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

la demandada CENTRO MYA, mediante sendos contratos de prestación de servicios, para desempeñar el oficio de Educador Especial del 01 de marzo 2012 al 30 de noviembre de 2017 (fls. 22, 39, y 210 a 219); **ii)** La celebración de diversos contratos “*de aporte*”, entre el I.C.B.F. y CENTRO MYA desde el 12 de diciembre de 2013, con el objeto de “*garantizar la aplicación del Modelo de Atención en la modalidad INTERNADO CON DISCAPACIDAD para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimiento de derechos abierto a su favor, conforme a las disposiciones legales y los lineamientos técnicos del Modelo de Atención y de la Modalidad vigentes para la prestación del servicio*” (fls. 43 a 106); **iii)** La solicitud elevada por el demandante el 21 de marzo de 2018 ante el I.C.B.F., solicitando acreencias laborales, y la negativa de ésta el 10 de abril de 2018 (fls. 107 a 110);

Adicional a la documental obrante a folios 19 a 110, 128 a 154, y 209 a 219, al proceso comparecieron a rendir declaración Ángela María Barrera Escobar y Liliana Marcela Gutiérrez Barrera, quienes manifestaron:

Ángela María Barrera Escobar dijo ser Auxiliar de Aula; que tiene estudios técnicos del normal superior; que conoció al actor porque trabajó con él en el CENTRO MYA; que al actor lo conoció cuando empezó a trabajar en CENTRO MYA, donde laboró de noviembre del 2014 al 31 de marzo del 2018; que el actor *salió* en noviembre del 2017; que éste trabajó en CENTRO MYA, sin solución de continuidad; que tenía un contrato de prestación de servicios, empero que ella estaba en nómina; que el actor hacía las mismas actividades del personal de nómina, tales como, cumplir con una malla curricular, presentar avances al jefe inmediato y participar en actividades, como salidas pedagógicas con determinados grupos de niños; que el demandante debía llevar a cabo sus actividades de lunes a viernes de 7:30 A.M. a 5:00 P.M., con una hora de almuerzo; que si se necesitaban

implementos para el desarrollo de las clases, estas se le pedían al jefe inmediato, Jennifer Niño, quien autorizaba, aprobaba las actividades y se las pasaba “al bienestar”; que había una reglamentación para ausencias o permisos, tenían que presentarle a su jefe permiso, y ésta lo autorizaba o no; que el actor sacó permisos; que cuando el actor no iba a trabajar por permisos, había un reemplazo, y al demandante le tocaba reponer el tiempo; que los sábados hay una actividad de llevar a los niños a La Calera, él reponía los sábados o los domingos; que si el actor llegaba tarde por el tráfico, los minutos que llegara tarde, eran descontados a fin de mes; que el actor debía pagar su propia afiliación a la E.P.S. y a la pensión; que no sabe por qué terminó el contrato, el actor dijo que no le habían renovado; que el actor trabajó sin vacaciones, ya que cuando ella se iba, él estaba; que el actor prestaba sus servicios en las instalaciones de San José de Bavaria; debía contar con una aprobación de CENTRO MYA para gestionar las actividades, no podía hacerlo de manera propia; que el actor debía cumplir con el horario, el mismo de los de nómina, debía firmar hora de entrada y de salida; y que no podía enviar a ninguna persona para cumplir con las actividades que él debía desarrollar.

Por su parte, **Liliana Marcela Gutiérrez Barrera** expuso ser Docente y Educadora Especial; que con el actor fue compañera de trabajo porque trabajó con él en CENTRO MYA; que lo conoció en 2011, que ella inició en CENTRO MYA en febrero y el actor en mayo de 2011; que estuvo en CENTRO MYA hasta 2013; que el actor entró por medio de cooperativa, todos estaban así, pero como el actor era profesional, luego, pasó por contrato de prestación de servicios porque devengaba más de \$1'000.000; que el cambio del contrato por prestación de servicios se hizo como a finales de 2011 o a principios de 2012; que todos hacían las mismas funciones, tales como procesos de organización y talleres, actividades pedagógicas, informes trimestrales de los estudiantes, tener un grupo a cargo al que se le debía hacer acompañamiento permanente, desayuno y almuerzo; que hacían

unidades didácticas, garantizándole el derecho a la educación a los niños con discapacidad, además debían acompañarlos en todo, como lavado de dientes porque eran internos; que tenían una jefe de área académica; que tenían que hacer la malla curricular, y pasar las salidas con los estudiantes para que la jefe la autorizara; que la malla se debía hacer bajo los lineamientos del CENTRO MYA porque eran niños bajo protección especial, así como debían cumplir con los lineamientos del I.C.B.F.; que necesitaban material pedagógico, lo que era aprobado por el almacén de compras de CENTRO MYA; que el actor tenía un horario de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 5:00 P.M., y a veces, sábados; que si llegaban tarde les descontaban minutos; que debían firmar un listado de asistencia con hora incluida; que el horario se determinaba según el grupo que atendiera, en todo caso, se debía cumplir con 48 horas semanales; que los sábados normalmente estaban los de prestación de servicios porque ganaban más; que no había diferencia entre sus funciones y la de los profesionales, hacían lo mismo; que los contratistas tenían que afiliarse a pensión; que el actor trabajó hasta el 2016 o 2017, no sabe porque no continuó, él quería una mejor oportunidad laboral; que a menos que el actor pidiera una licencia, no descansaba; y que el actor no se podía ausentar, tenía que presentar un soporte, si faltaba se asignaba a otro, o entre todos lo cubrían.

Pues bien. Del acervo probatorio sea lo primero advertir que obra a folio 39, certificación en la que se señala que el demandante prestó sus servicios como Educador Especial del 01 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2017, sin que se determine en esta que existió solución de continuidad, durante dicho lapso, pese a que del plenario se logra deducir que se celebraron diversos contratos de prestación de servicios.

Así mismo, de los aludidos testimonios es posible establecer que el demandante prestó sus servicios a favor de CENTRO MYA como Educador Especial, que la prestación del servicio se hizo de

manera personal y directa a favor de dicha entidad; y que debía desarrollar actividades del personal de nómina, tales como, cumplir con una malla curricular, procesos de organización y talleres, actividades pedagógicas, informes trimestrales de los estudiantes, tener un grupo a cargo al que se le debía hacer acompañamiento permanente, desayuno y almuerzo, e implementar unidades didácticas, garantizándole el derecho a la educación a los niños con discapacidad; funciones que hacían bajo los lineamientos del CENTRO MYA y del IC.B.F. al estar frente a niños bajo protección especial, así como debían cumplir con los lineamientos del I.C.B.F.

En ese orden de ideas, contrario a lo expuesto por el A Quo, considera la Sala que se encuentra acreditado el elemento de la prestación del servicio, sin que se observe que en **interrogatorio de parte**, se hubiera desvirtuado tal elemento, pues si bien es cierto en este, el **demandante** señaló que podía ceder parcialmente el contrato, indicó que en tal caso, debía solicitar permiso, y en caso que le fuera otorgado, laborar horas extras o compensarlo; declaración que no tiene el alcance para considerar que el servicio no fuese personal, pues el actor sólo hizo referencia al trámite que debía realizar en caso de ausencia, caso en el que debía requerir permiso, y posteriormente laborar el tiempo extra que dejó de prestar sus servicios.

Así las cosas, le correspondía a la pasiva desvirtuar el elemento de la subordinación; no obstante, y contrario a ello, los testigos comparecientes son claros en señalar que el actor estaba sometido a un horario de trabajo; que era sujeto de poder disciplinario, ya que, cuando llegaba tarde a trabajar le descontaban el tiempo correspondiente; que debía pedir permisos en caso de ausentarse; y que para que se aprobara la malla curricular debía estar autorizada por CENTRO MYA, la que por demás se encuentra visible a folios 25 a 33, en donde se observan los diversos cursos que debía impartir el actor, así como sus horarios.

Del mismo modo, se encuentra que el demandante debía asistir a reuniones, en las que se le daban instrucciones bastante específicas respecto de las funciones que debía desarrollar, tales como acompañamiento de niños, entrega de materiales, hacer seguimiento de los niños, rendir informes acerca del comportamiento de los niños, entre otras (fls. 34 y 36 del cuaderno físico); y si bien la jurisprudencia de la Sala laboral ha adoctrinado que la existencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales en ningún caso implica la veda total de instrucciones o del ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, es decir una especie de subordinación técnica, en la que el contratista puede recibir del contratante instrumentos o instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor a fin de cumplir con estándares obligatorios enmarcados en las diferentes políticas de la entidad, lo cierto es que en el caso analizado, los documentos de marras evidencian la falta de autonomía independencia o autocontrol dentro del ejercicio de su profesión por parte del demandante, pues de ellas se extraen claras y concretas formas de instrucción sobre las condiciones de tiempo modo y lugar en que debía ejecutar las actividades contratadas.

También se evidencian cotizaciones a la seguridad social en pensiones a favor del demandante efectuadas por CENTRO MYA por el período comprendido entre agosto de 2015 y febrero de 2017 (Fls 40 y 41 del cuaderno físico), hecho confesado por la entidad, sin que, contrario a lo afirmado por ésta, se verifique que los mismos se hicieron “*pero por cuenta del demandante como trabajador independiente en la planilla y*”². hecho que en todo caso no encuentra razón aparente alguna, debido a que en dichas calendas se ejecutaba un contrato aparente de prestación de servicios igual a los demás, en los que no se efectuó por la demandada aportes a seguridad social directamente a nombre del trabajador.

² Ver respuesta a los hechos 16 a 18 (fls 316 y 317).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**
Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

De esta manera, considera la Sala que no logró desvirtuarse el elemento de la subordinación, por lo que **hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo del 01 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2017**, y en consecuencia se procederá a liquidar las correspondientes prestaciones sociales y vacaciones, previo el estudio del fenómeno de la prescripción.

PRESCRIPCIÓN.

Los derechos y acreencias laborales que se deben pagar y reconocer a un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado tal y como lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T y la S.S.

Ahora bien, según el artículo 489 del C.S.T, la prescripción se interrumpe como consecuencia del reclamo que por escrito realice el trabajador a su empleador, la que se puede dar por una sola vez, restableciendo los términos para que opere dicho fenómeno, es decir, empiezan a contar de nuevo los tres años por una única vez.

Finalmente, no sobra recordar que conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de enero de 2015, Rad. 44651, el término prescriptivo comienza a contabilizarse a partir de la fecha en que cada acreencia laboral se haya hecho exigible; no siendo así con las cesantías, pues según sentencias del 24 de agosto de 2010, Rad. 34393, y 10 de junio de 2015, Rad. 43894, la prescripción sólo empieza a contarse a partir de la ruptura del vínculo contractual, así como los aportes a pensión que se tratan de un derecho imprescriptible.

En el *sub lite*, rememora la Sala que el contrato de trabajo finalizó el 30 de noviembre de 2017, y que se elevó reclamación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**
Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

por parte del trabajador el 21 de marzo de 2018 (fls. 108 y 108), con lo que se logró interrumpir el fenómeno prescriptivo pues se demandó dentro de los tres años siguientes, esto es, el 07 de septiembre de 2018 (fl.111); no obstante, se extinguieron las acreencias laborales causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2015, de manera que, bajo ese derrotero se analizará el reconocimiento de las prestaciones sociales y vacaciones.

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES, VACACIONES, Y APORTES A SEGURIDAD SOCIAL.

Sobre el tópico, sea lo primero precisar que en el plenario se encuentran acreditados los siguientes **salarios**: 2012, \$1'533.806; 2013, \$1'600.000; 2014, \$1'648.000; 2015 a marzo de 2016, \$1'750.000; abril de 2016 a mayo de 2017, \$1'863.095; y junio a noviembre de 2017, \$1'951.400.

Cesantías. Teniendo en cuenta que sobre este rubro no opera la excepción de prescripción, se adeuda por este concepto las siguientes sumas: 2012, \$1'278.171,66; 2013, \$1'600.000; 2014, \$1'648.000; 2015, \$1'750.000; 2016, \$1'863.095; y 2017, \$1'788.783,33; esto es, un total de **\$9'928.050.**

Intereses a las cesantías. Dado que operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2015, se adeudan las siguientes sumas: 2015, \$210.000; 2016, \$223.654; y 2017, \$196.766,17; esto es, un total de **\$630.420,17**

Prima de servicios: Como quiera que operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2015, se adeudan las siguientes sumas: 2015, \$1'750.000; 2016; \$1'863.095; y 2017 \$1'788.783,33; esto es, un total de **\$5'401.878,33.**

Vacaciones: En la medida que operó la prescripción de las causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2015, se adeudan

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**
Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

las siguientes sumas: 01 de marzo de 2014 al 28 de febrero de 2015, \$875.000; 01 de marzo de 2015 al 28 de febrero de 2016, \$875.000; 01 de marzo de 2016 al 28 de febrero de 2017, \$931.547,50; y del 01 de marzo al 30 de noviembre de 2017, \$731.775; esto es, un total de **\$3'413.322,50**; valor que se deberá reconocer debidamente **indexado** al momento en que se haga efectivo su pago, pues se ha visto sometido a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Aportes a seguridad social: La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene dicho que no es dable cancelar directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos, previamente definidos en la ley, es que se pueden devolver aquellos efectuados de más, pero no puede ordenarse el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de **salud y riesgos laborales** es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, tal y como se logra desprender de la sentencia SL3009-2017; perjuicios que no fueron acreditados en el plenario.

En igual sentido, frente **caja de compensación familiar**, es necesario recordar que es una prestación social consagrada en las Leyes 21 de 1982 y 789 de 2002 y los Decretos 341 de 1989, 748 de 1989 y 1769 de 2003, que consiste en una serie de beneficios tanto económicos como prestacionales durante la vigencia de la relación laboral. Por lo tanto, carece de sentido ordenar su pago una vez finalizado el contrato de trabajo, tal y como se señaló en sentencia SL1225-2019. Aunado a ello no se demostró haber informado y acreditado en su momento ante el empleador la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio en estudio, para que surja la obligación por parte de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**
Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

éste de sufragar dicho emolumento por la no afiliación a una Caja de Compensación Familiar (SL3009-2017).

Finalmente, y en lo que respecta a **pensiones**, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*

Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*.

De esta manera, y como quiera que según reporte de semanas obrantes a folios 40 y 41 del cuaderno físico, se acreditó que el demandante asumió el pago de aportes como independiente entre el 01 de marzo de 2012 y el 31 de julio de 2015, por lo que, CENTRO MYA deberá asumir la diferencia entre el valor pagado y la suma que se debió reconocer por concepto de aporte, por lo que, se debe pagar el correspondiente cálculo actuarial teniendo en cuenta los siguientes I.B.C.:

- **2012:** \$1'533.806 - \$567.000= \$966.806.
- **Enero de 2013:** \$1'600.000- \$567.000 = \$1'033.000.
- **Febrero a diciembre de 2013:** \$1'600.000- \$589.500= \$1'010.500.
- **Enero de 2014:** \$1'648.000 - \$589.500= \$1'058.500.
- **Febrero a diciembre de 2014:** \$1'648.000- \$616.000= \$1'032.000.
- **Enero de 2015:** \$1'750.000 - \$616.000= \$1'134.000.
- **Febrero de 2015:** \$1'750.000- \$644.350 = \$1'105.650.
- **Marzo a julio de 2015:** \$1'750.000- \$840.000= \$910.000.

Por otra parte se tiene, conforme al reporte de semanas obrantes a folios 40 y 41 del cuaderno físico, que a partir de agosto de 2015 y hasta febrero de 2017, quien asumió la cotización fue CENTRO MYA, no obstante, lo hizo sobre una base

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01

Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**

Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

salarial inferior a la que le correspondía al demandante, por lo que procedente es que pague la diferencia entre el valor pagado y la suma que se debió reconocer por concepto de aporte, por lo que, se deberá pagar con la correspondiente mora, al obrar afiliación, teniendo en cuenta los siguientes I.B.C.:

- **Agosto de 2015 a enero de 2016:** \$1'750.000-\$700.000= **\$1'050.000.**
- **Febrero de 2016:** \$1'750.000- \$840.000= **\$910.000.**
- **Marzo de 2016:** \$1'750.000- \$1'600.000= **\$150.000.**
- **Abril a septiembre de 2016:** \$1'863.095- \$1'600.000= \$263.095.
- **Octubre de 2016 a enero de 2017:** \$1'863.095- \$745.000= \$1'113.000.
- **Febrero de 2017:** \$1'863.095- \$781.000= **\$1'082.095.**

Finalmente, y dado que no están acreditados los aportes de **marzo a noviembre de 2017**, estos deberán ser asumidos en su totalidad por CENTRO MYA y ser pagados con la correspondiente mora, quien tendrá como I.B.C. por el periodo de **marzo a mayo de 2017, \$1'863.095**, y por el periodo de **junio a noviembre de 2017, \$1'951.400.**

En cuanto a la **indemnización por despido sin justa causa.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de **terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa** por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente: el trabajador, quien afirma haber sido despedido debe probar el hecho del despido; por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**
Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Pues bien. A folio 42 del expediente obra carta remitida por CENTRO MYA el 30 de noviembre de 2017, en la que se le indica: *“por medio de la presente me permito informarle, que de acuerdo a lo estipulado en su contrato de prestación de servicios con vigencia del 01 de junio de 2017 al 30 de noviembre de 2017, su contrato finaliza el día de hoy”*

Lo anterior evidencia el hecho del despido; no pudiéndose determinar que la demandada hubiese demostrado una justa causa, pues se está alegando una causal de terminación del contrato de prestación de servicios, que no es una de las justas causas contempladas en el artículo 62 del C.S.T., razones por las cuales se considera que hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, la que efectuados los cálculos de rigor corresponde a la suma de **\$8'129.166,67**; valor que deberá pagarse debidamente **indexado**.

En cuanto a las **sanciones moratorias**.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones consagradas en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. y en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de las **sanciones moratorias** es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la

consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que el empleador actuó desprovisto de buena fe, pues de las pruebas arrimadas a juicio se advierte que se contrató al demandante a través de diversos contratos de prestación de servicios con la intención de disfrazar una verdadera relación laboral, pues como quedó visto el actor estuvo sometido a un horario de trabajo, era sujeto de poder disciplinario, ya que, cuando llegaba tarde a trabajar se le descontaba el tiempo correspondiente, debía pedir permisos en caso de ausentarse; y que para que se aprobara la malla curricular debía estar autorizada por CENTRO MYA.

Por tanto, se considera procedente el reconocimiento de las sanciones moratorias, no obstante, la **sanción por no consignación de las cesantías**, se vio afectada por la prescripción, pues recuérdese están afectadas por tal fenómeno las que se causaron con anterioridad al 21 de marzo de 2015.

Así, únicamente es dable el reconocimiento de la aludida sanción por los años **2015 y 2016**, no siendo así por 2017, pues además se vería inmersa en la indemnización moratoria, el deber de consignar las cesantías por tal anualidad nació el 15 de febrero de 2018, esto es, cuando ya había finalizado la relación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01
Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**
Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

contractual. Por tanto, por concepto de los aludidos años, se debe la suma de **\$21'000.000 y \$22'357.140**, respectivamente.

En cuanto a la **indemnización moratoria**, al demandarse el 07 de septiembre de 2018 (fl.111), esto es, dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo – 30 de noviembre de 2017-, hay lugar a un día de salario, **\$65.046,67** por cada día de retardo hasta el mes 24, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2019, fecha a la que se adeuda **\$43'833.600**; y a **partir del mes 25**, esto es, del 01 de diciembre de 2019, **intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas** a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

La **indexación**, únicamente será procedente sobre vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, como se impuso con anterioridad, pues resulta incompatible con las sanciones moratorias.

Solidaridad.

El I.C.B.F., creado por la Ley 75 de 1968, es la entidad estatal encargada de velar por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes del país, razón por la cual trabaja por la protección y prevención integral de la primera infancia, la niñez y la adolescencia de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza o vulneración de sus derechos, por lo que, para el cumplimiento de tales objetivos ejecuta las políticas gubernamentales relacionadas con esos aspectos y lleva a cabo la celebración de los contratos a que haya lugar con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales, para poder realizar de forma óptima cada uno de los programas que para la protección de la familia y la niñez aprueba el Gobierno Nacional – Artículo 21 Ley 7 de 1979-.

Desde esta perspectiva, es dable tener al I.C.B.F como solidario en el presente asunto, en tanto, que los convenios de aporte 1079 de 2013, 1032 de 2014, 1170 de 2015, 1417 de 2016, 1834 de 2016, y 1741 de 2017, tienen como finalidad *“garantizar la aplicación del Modelo de Atención en la modalidad INTERNADO CON DISCAPACIDAD para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimiento de derechos abierto a su favor, conforme a las disposiciones legales y los lineamientos técnicos del Modelo de Atención y de la Modalidad vigentes para la prestación del servicio”* (fls. 43 a 106); lo que sin lugar a dudas se identifica y enmarca dentro de la misión que le fue encomendada desde su creación al I.C.B.F. y, que permite concluir, en los términos del artículo 34 del CST, su calidad de beneficiaria del servicio, al existir afinidad entre las funciones y competencias de esa entidad y la actividad desarrollada por el CENTRO MYA, para el cual prestó sus servicios el demandante en el marco normativo y contractual del referido convenio; decisión que además encuentra asidero en una decisión de similares connotaciones como lo es la sentencia SL2186-2022.

En consecuencia, se **DECLARARÁ solidariamente responsable al I.C.B.F.** de las condenas impuestas en esta providencia.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos conforme lo explicado en las consideraciones de esta decisión. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO y el CENTRO MYA, existente entre el 01 de marzo de 2012 y el 30 de noviembre de 2017.

B. DECLARAR solidariamente responsable al I.C.B.F., de las condenas que se impongan a CENTRO MYA.

C. CONDENAR a CENTRO MYA y en solidaridad al I.C.B.F. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO, las siguientes acreencias laborales y valores:

- **Cesantías**, \$9'928.050.
- **Intereses a las cesantías**, \$630.420,17.
- **Prima de servicios**, \$5'401.878,33
- **Vacaciones**: \$3'413.322,50, valor que se deberá pagar debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago.

D. CONDENAR a CENTRO MYA y en solidaridad al I.C.B.F. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO los **aportes a pensión** mediante el **cálculo actuarial** que disponga la administradora de pensiones donde se encuentra afiliado el demandante, teniendo en cuenta los siguientes I.B.C.:

- **Marzo a diciembre de 2012**: \$966.806.
- **Enero de 2013**: \$1'033.000.
- **Febrero a diciembre de 2013**: \$1'010.500.
- **Enero de 2014**: \$1'058.500.
- **Febrero a diciembre de 2014**: \$1'1032.000.
- **Enero de 2015**: \$1'134.000.
- **Febrero de 2015**: \$1'105.650.
- **Marzo a julio de 2015**: \$910.000.

E. CONDENAR a CENTRO MYA y en solidaridad al I.C.B.F. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ GUILLERMO CHIVATA

CAMARGO los **aportes a pensión con la correspondiente mora**, teniendo en cuenta los siguientes I.B.C.:

- **Agosto de 2015 a enero de 2016:** \$1'050.000.
- **Febrero de 2016:** \$910.000.
- **Marzo de 2016:** \$150.000.
- **Abril a septiembre de 2016:** \$263.095.
- **Octubre de 2016 a enero de 2017:** \$1'113.000.
- **Febrero de 2017:** \$1'082.095.
- **Marzo a mayo de 2017,** \$1'863.095.
- **Junio a noviembre de 2017,** \$1'951.400.

F. CONDENAR a CENTRO MYA y en solidaridad al IC.B.F. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO, **indemnización por despido sin justa causa**, por valor de **\$8'129.166,67**; valor que se deberá pagar debidamente **indexado** al momento en que se haga efectivo su pago.

G. CONDENAR a CENTRO MYA y en solidaridad al IC.B.F. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO, **sanción por no consignación de las cesantías**, así: **2015, \$21'000.000; y 2016, \$22'357.140.**

H. CONDENAR a CENTRO MYA y en solidaridad al IC.B.F. a reconocer y pagar a favor de JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO, **indemnización moratoria**, así: **\$43'833.600**, y **a partir del 01 de diciembre de 2019, intereses moratorios** sobre las prestaciones sociales adeudadas a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

I. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas CENTRO MYA e I.C.B.F.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00506 -01

Demandante: **JOSÉ GUILLERMO CHIVATA CAMARGO.**

Demandado: **CENTRO MYA Y EL I.C.B.F.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de CENTRO MYA e I.C.B.F.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 29 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

aseguradora, frutos e intereses, y rendimientos; y que COLPENSIONES, reciba a la demandante junto con los valores aludidos, y la tenga afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 6 del medio óptico de folio 98), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la afp: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 8 del medio óptico de folio 98), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia **condenatoria** el 29 de octubre de 2021, declarando la ineficacia del traslado de la demandante a PROTECCION S.A., y que como consecuencia de ello las cosas deben retrotraerse al estado anterior. Igualmente, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la actora, tales como, aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; y a COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. Costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCCIÓN S.A.

Señaló que no es dable imponer los gastos de administración, como quiera que se trata de comisiones ya pagadas en cumplimiento del ordenamiento legal, de modo que, en caso de proceder dicha condena, también se deben devolver los rendimientos causados por la buena gestión y administración; y que lo dicho, por cuanto la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior.

COLPENSIONES.

Adujo que el deber de información sólo fue intensificado a partir del año 2009, motivo por el que no es dable exigir las mismas formalidades en la asesoría, pues vulnera los derechos fundamentales de la entidad y va en contravía del principio de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

legalidad, confianza legítima, y debido proceso; que COLPENSIONES es un tercero que no participó en el acto de afiliación; que el error de derecho no vicia el consentimiento, por lo que, era deber de la actora conocer las normas que regulaban su traslado pensional; que la demandante firmó formulario de afiliación, mostrando su voluntad de permanencia en el R.A.I.S., pues por más de 20 años se mantuvo realizando cotizaciones; que es obligación de todos los fondos privados aceptar a quien solicite la correspondiente afiliación, no pudiéndose rechazar, pues sería un mecanismo de selección inversa; y que la declaratoria de ineficacia podría ir en contra del principio de sostenibilidad financiera.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, **(SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia, para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón

alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente y **respecto de los actos de relacionamiento**, la Sala Laboral expuso en sentencia SL6588-2021 que :

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regimenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Y en la sentencia SL1217-2021, la corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de julio de 1981 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 17 a 19; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el 29 de enero de 1998 (fl.63); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 14 y 16 de agosto de 2019, ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respectivamente (fls. 43 a 62).

A folio 63 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de enero de 1998 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora GARCÍA ROCHA en el traslado que ésta realizó el 29 de enero de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará en tal sentido la sentencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, COLFONDOS S.A. además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones de seguros,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

bonos pensionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., No se imponen a COLPENSIONES por resultar un tercero ajeno al acto de traslado de la demandante.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PROTECCIÓN S.A. no sólo debe devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones de seguros, bonos pensionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, sino que también debe devolver los valores que haya recibido por concepto de **seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2020-00140 -01.

Demandante: **MARÍA CONSUELO GARCÍA ROCHA.**

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

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Consuelo García Rocha
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2020-00140-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a382f4c1e2c9469ee3e99345b2de80357b55f0d7218dc262af9777b65987e61f**

Documento generado en 27/09/2022 12:51:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.
Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 02 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., así como los posteriores traslados que realizó. Como consecuencia de lo anterior, solicita que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

PROTECCIÓN S.A. traslade a la demandante a COLPENSIONES, los aportes con sus respectivos rendimientos; que COLPENSIONES reciba a la demandante junto con los valores previamente aludidos; y que en caso que se determine que la actora debe cumplir con la equivalencia del ahorro, se le otorgue un plazo razonable para pagar la diferencia que surja.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 136 a 146), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado, inobservancia del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 160 a 180), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 09), de igual manera se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 03 de diciembre 2021, declarando la nulidad del traslado realizado el 10 de febrero de 1997, por la actora a través de COLFONDOS S.A. y el posterior traslado horizontal realizado ante PROTECCION S.A. Igualmente, condenó a PROTECCION S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones PROTECCION S.A., con motivo de la afiliación de la actora. Costas a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A., adujo que no hay lugar a la devolución de gastos de administración y seguro previsional, como quiera que si bien es consecuencia de la ineficacia de traslado, entender que la actora nunca estuvo en R.A.I.S., deberá aplicarse en caso de declararse la aludida ineficacia, uno de los siguientes supuestos, uno, los rendimientos generados también deben considerarse inexistentes, así como los gastos de administración y los destinados a seguros previsionales, o dos, que los rendimientos a reconocer sean los mismos de haber permanecido

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

la actora en el régimen de prima media, pues estos superan los que se hubieran obtenido en COLPENSIONES.

COLPENSIONES por su parte, expuso que el demandante tenía derecho a escoger libremente el régimen que más le conviniera; que la actora estaba incurso en la prohibición legal de traslado, pues le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que según criterio de la Superintendencia Financiera el único requisito era el formulario de afiliación; y que los aportes remitidos no son suficientes para financiar la pensión de la demandante, lo que pone en riesgo el principio de sostenibilidad financiera, y por ende se descapitalizaría el sistema, según sentencia SU-062 de 2010.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia estudiada dijo:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad**. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

Posteriormente y **respecto de los actos de relacionamiento**, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de julio de 1979 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 34 y 35; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 10 de febrero de 1997 (fl.12); **iii)** Posteriormente, se efectuaron los siguientes traslados horizontales: a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de mayo de 1999 (fl.13); a COLFONDOS S.A. el 13 de enero de 2000 (fl.58 archivo 09); y a PROTECCIÓN S.A. el 26 de febrero de 2015 (fl.14); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 24 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

noviembre de 2015, 18 de enero de 2016, y 28 de septiembre de 2018 ante COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, peticiones negadas por dichas entidades (fls. 11, 16 y archivo 1.0.3).

Pues bien, a folio 12 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de febrero de 1997 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de recordarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el asesor de COLFONDOS S.A. le indicó que el I.S.S. se encontraba en crisis, que sus aportes iban a estar mejor en un fondo privado, y que su pensión se pagaría con los rendimientos que sus aportes generaran; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora MESA BOTERO en el traslado que ésta realizó el 10 de febrero de 1997, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, y dado que la A Quo declaró la “nulidad” del traslado, se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, con el fin de **ACLARAR** que lo que se declara es la ineficacia del traslado.

Esto que se dice conlleva entonces, a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que PROTECCIÓN S.A., además

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. No se imponen a COLPENSIONES por resultar un tercero ajeno al acto de traslado de la demandante.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral **primero** de la sentencia, en el sentido de **ACLARAR** que lo que se declara es la ineficacia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

del traslado efectuado por LILIANA MESA BOTERO a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO. – MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PROTECCIÓN S.A. además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, se MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO. –. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00198 -01.

Demandante: **LILIANA BOTERO MESA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PROTECCIÓN.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Liliana Botero Mesa
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**034-2019-00198-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6fca12d42b9411e034c043e799757798fad1b904971554d42498c378bb0d4abc**

Documento generado en 27/09/2022 12:51:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE a SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 03 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. traslade a la demandante a COLPENSIONES, junto con el capital ahorrado; y que si existe

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

alguna diferencia con el capital que debe recibir COLPENSIONES, se le autorice pagar ese capital.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 196 s 227), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 234 a 249), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y la innominada o genérica.

2.1. INTEGRACIÓN DE LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA.

El juzgador de primera instancia aceptó la vinculación de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que los hechos no le

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

constaban, y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 03 de diciembre 2021, declarando la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora a COLFONDOS S.A., el 08 de julio de 1994; ordenado a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado a COLPENSIONES; que se debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, a COLPENSIONES debidamente indexados; y que COLPENSIONES reciba sin solución de continuidad como afiliado al actor. Costas a cargo de los fondos demandados.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES, adujo que la demandante no podía trasladarse pues está incurso dentro de una prohibición legal, pues le faltaban menos de diez años para cumplir la edad pensional del régimen de prima media, así como tampoco cumple los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; que la actora no hizo uso del derecho de retracto, que al momento de su traslado estaba frente a una mera expectativa, que no hay prueba de un vicio del consentimiento; que hay una ratificación o expresa del traslado, pues consintió sus descuentos con destino al R.A.I.S.; que para la época del traslado no se exigía nada diferente al formulario de afiliación; y que se deben devolver la totalidad de las sumas que recibió COLFONDOS S.A., tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, cuotas abonadas, y gastos de administración, debidamente indexados.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

COLFONDOS S.A., expuso, que no hay lugar a la devolución de gastos de administración y comisiones de manera indexada, pues se cumplió con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la accionante, lo que le generó rendimientos en su cuenta de ahorro individual; que con lo anterior, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa, pues los rendimientos que se lograron en COLFONDOS S.A., no se hubieran conseguido en caso de permanecer en COLPENSIONES; y que la indexación no fue materia de debate.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar a reconocer los valores producto de la afiliación de la actora en COLFONDOS S.A. debidamente indexadas.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente, **respecto de los actos de relacionamiento**, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 29 de enero de 1987 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante el archivo 2; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 29 de julio de 1994 (fl.250 del archivo 1); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 01 y 26 de agosto de 2018, ante COLPENSIONES, petición que fue negada por esta entidad (fls. 25, 27, 40 a 42 del archivo 1).

A folio 250 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de julio de 1994 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que lo único que le informó el asesor de COLFONDOS S.A. era que el I.S.S. se iba a acabar, y que con ellos tenía la posibilidad de tener una cuenta de ahorro

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

a su nombre; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora HURTADO BEDOYA en el traslado que ésta realizó el 29 de julio de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará en tal sentido la sentencia.

Esto que se dice, conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, COLFONDOS S.A. además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, los valores de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, y comisiones de seguros, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Al punto, se rememora que si bien la indexación no fue objeto de pretensión, se procede ordenarla de manera oficiosa por parte, en razón a que por el transcurrir del tiempo y la tardanza en el pago, hay una devaluación de la moneda que afecta directamente el valor de los rubros aludidos. Lo dicho, es conteste con el criterio doctrinal adoptado en la sentencia SL359-2021, en donde se dijo:

“Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (artículo 53 de la Constitución Política), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

[...] Desde este punto de vista, cuando el juez del trabajo advierte un menoscabo a los derechos de las partes y, por este motivo, impone el pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de pensiones, su labor no puede limitarse a la restitución simple y plana de dichos rubros; tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, según lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza, en el marco de la protección especial a la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda.

Por lo visto, el juez del trabajo tiene el deber, incluso con el empleo de las facultades oficiosas, de indexar los rubros causados en favor de la demandante, lo cual, en vez de contrariar alguna disposición sustantiva o adjetiva, desarrolla los principios de equidad, justicia social y buena fe que tienen pleno respaldo constitucional; de paso protege la voluntad intrínseca del interesado, puesto que es impensable que desee recibir el crédito causado en su favor con una moneda depreciada

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. No se imponen a COLPENSIONES por resultar un tercero ajeno al acto de traslado de la demandante.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que COLFONDOS S.A. no sólo debe devolver los valores de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, y comisiones de seguros, sino que también deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00098 -01.

Demandante: **MARTHA LUCÍA HURTADO BEDOYA.**

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

seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**

SEGUNDO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. -. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLFONDOS S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Lucía Hurtado Bedoya
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2019-00098-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **442fa3da91977890adf07a520132d7eee6a53e59a0172b09932c0afa51d1b935**

Documento generado en 27/09/2022 12:51:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00411 -01
Demandante: **EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS.**
Demandado: **JUBER ALEXANDER MORALES MORALES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS** promovió contra **JUBER ALEXANDER MORALES MORALES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora aspira a que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 04 de abril de 2014 al 04 de junio de 2018; y que el contrato de trabajo terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita que el reconocimiento y pago de vacaciones; prima de servicios; cesantías; intereses a las cesantías; sanción por no consignación de las cesantías; sanción moratoria; aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión, y riesgos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00411 -01
Demandante: **EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS.**
Demandado: **JUBER ALEXANDER MORALES MORALES.**

laborales; indemnización por despido sin justa causa; e intereses.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Fue contratada por JUBER ALEXANDER MORALES MORALES mediante contrato verbal para desempeñar el cargo de oficios varios en el “Piqueteadero La Marrana Mona”; **2)** Devengaba \$35.000 diarios de lunes a viernes, y \$50.000, sábados y domingos; **3)** Laboraba de lunes a viernes de 11:00 A.M. a 8:30 P.M., y sábados y domingos de 7:00 A.M. a 9:00 P.M.; **4)** Prestaba sus servicios de manera personal, atendiendo las instrucciones de su empleador, y cumpliendo horario de trabajo; **5)** El 04 de junio de 2018 fue despedido sin comunicado alguno o justa causa comprobada; y **6)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Mediante auto del 22 de abril de 2019, se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda por parte de JUBER ALEXANDER MORALES MORALES (fl.22).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de noviembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo, que del acervo probatorio allegado no se tiene certeza de la existencia del contrato de trabajo en los términos que se pretende en la demanda, pues ninguno de los testigos tiene certeza de la fecha de terminación del contrato de trabajo ni que esta se desarrolló sin solución de continuidad, así como tampoco si la actora estaba sujeta a subordinación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que según el dicho de la testigo Marcelina que ella trabajaba en una casa de familia antes de trabajar en “la Marrana Mona”, y que “le entró” el trabajo a la actora para que trabajara en esta casa de familia; que cuando existen dudas en los extremos temporales se debe tomar el más cercano, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, más aún cuando no ha comparecido el demandado al proceso; y que se deben valorar a profundidad los testimonios, pues con ellos se demostró los elementos del contrato de trabajo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la relación contractual entre las partes deviene en una de índole laboral; y de ser el caso, si es hay lugar a reconocer las acreencias laborales pretendidas.

**DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD
SOBRE LAS FORMAS Y EXTREMOS TEMPORALES.**

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, con inmodificable persistencia, que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

desvirtuar tal presunción (ver al respecto sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

Así, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En relación con la acreditación de los **extremos temporales**, la misma corporación ha adoctrinado que los jueces deben procurar desentrañar de los elementos de persuasión respecto de los extremos temporales de la relación laboral cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado período, y no resulten claras las fechas de inicio y o terminación del vínculo, ello en aras a efectivizar los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Así en la sentencia SL1181 de 2018 dijo que:

<(…) Bien definido tiene la jurisprudencia lo relativo a que los jueces deben procurar desentrañar de los elementos de persuasión los extremos temporales de la relación laboral, cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado período, y así poder calcular y efectivizar los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto en sentencia SL, del 22 de mar. 2006, rad. 25580, se adoctrinó:

(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En igual sentido, ha establecido la misma Corporación, que es deber del juez desentrañar los extremos temporales de la relación laboral; en tal sentido, para ello puede efectuar un fallo *infra petita*. Así, lo dijo en sentencia SL4816-2015 memorada en las sentencias SL5595-2019, SL3616-2020 y SL955-2021:

(...) una revisión de las providencias dictadas en los últimos años sobre este punto, dan cuenta que el criterio que ha prevalecido en esta Corporación es aquel conforme al cual, el juez tiene el **deber**, no solo en los casos en los que se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido (CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 35666; CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-2015), sino en otros (CSJ SL16715-2014), de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado (art. 305 C.P.C.).

(...) El fundamento esencial de la demanda no cambia cuando los hechos del juicio indiquen que el tiempo de servicios fue inferior al que se alegó en la demanda, que en últimas es lo que ocurrió en este proceso frente a algunas de las pretensiones, por lo que debe concluirse que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 305 del CPC, al negarse a estudiar las pretensiones por encontrar que entre las partes se habían estructurado dos contratos de trabajo independientes y que el último no correspondía a los límites o extremos temporales señalados en la demanda inicial. (Subrayado y Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

Sea lo primero advertir que al plenario no se allegó prueba documental alguna, por lo que se procede a estudiar la

incorporada al proceso, consistente en las declaraciones de los testigos Marcelina Silva Rodríguez y Jeison Bernal Ortega, quienes manifestaron:

Marcelina Silva Rodríguez dijo que conoce a la actora desde hace muchos años, ya que vivió 26 años en Bogotá; que conoció a la demandante en “La Marrana Mona”; que hablaba con la actora cuando iba allá, y trabajaba en el piqueteadero Punto Blanco; que la demandante salió del piqueteadero, a una casa de familia, luego, la llamó y le cedió el trabajo en la casa donde trabajaba porque ella iba volver a trabajar al piqueteadero “La Marrana Mona” en el año 2014; que el encargado del piqueteadero era Juber; que el piqueteadero era del papá de Juber y cuando falleció, los hijos quedaron con el negocio; que la actora hacía oficios varios, picaba, atendía, fritaba, organizaba, y en la noche, hacía aseo y dejaba todo listo para el otro día; que la actora trabajó hasta 2018, no le dieron ninguna razón cuando la despidieron; que sólo pagaban el sueldo del día y nada más, lo que le consta porque también hizo turnos allí; que a la actora la despidieron y no le dieron razón del por qué, solo sabe que fue en el 2018, lo que conoce porque vivía en la misma cuadra y el día que la despidieron, ella llegó a contarle, llorando; que el horario de la actora era de 7:00 A.M. a 7:00 u 8:30 P.M., dependiendo del día; que la actora tenía un día de descanso a la semana cuando había quien la reemplazara, de lo contrario, trabajaba de lunes a domingo; y que el demandado no da dotación, solo una blusa, un delantal y una gorra de publicidad de Bavaria o Postobón.

Por su parte, **Jeison Bernal Ortega** señaló que conoce a la actora desde hace seis o siete años, ya que frecuentaba la plaza del 12 de octubre; que no conoce al demandado; que va a la plaza del 12 de octubre una vez al mes o cada dos meses, y la actora siempre estaba en la cocina, o afuera ofreciendo la rellena en “La Marrana Mona”; que la actora estuvo hasta el 2017, no sabe si alcanzó al 2018, porque cuando ella cambió de puesto, se hizo

cliente de otro local; que la demandante siempre ha trabajado en esa zona; que la demandante después que salió de ahí, empezó en un negocio de helados y ahorita nuevamente está en un piqueteadero; que no sabe porque la actora se salió del trabajo, le dijo que tuvo unos desacuerdos con el dueño del negocio; que cree que a la actora le pagaban por días; y que no vio quién le daba órdenes a la actora.

Pues bien. Del acervo probatorio es menester advertir que está acreditado el elemento de la prestación del servicio, pues los testigos, Marcelina Silva Rodríguez y Jeison Bernal Ortega, informan que la demandante prestaba sus servicios en el establecimiento de comercio, La Marrana Mona; que la actora hacía oficios varios, picaba, atendía, fritaba, organizaba e incluso ofrecía los productos afuera del local, y en la noche, hacía aseo y dejaba todo listo para el otro día; y que el encargado del piqueteadero era JUBER ALEXANDER MORALES MORALES.

Así las cosas, le correspondía a la pasiva desvirtuar el elemento de la subordinación; no obstante, el demandado no compareció al juicio, ni de los testigos aludidos se logra evidenciar si la demandante no era objeto de órdenes, y/o si gozaba de independencia y autonomía, razones por las cuales refulge nítido que en el proceso no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación; razones por las cuales se impone **REVOCAR** el fallo de primera instancia, por cuanto, pese a concluir que se dio la prestación personal del servicio de la demandante en favor del demandando, el A Quo negó las pretensiones de la demanda argumentando no tenerse certeza de la fecha de terminación del contrato de trabajo, que la ejecución del servicio se hubiese desarrollado sin solución de continuidad ni haberse probado que la actora estaba sujeta a subordinación, desconociendo con ello lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T., así como la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, que ha adoctrinado la forma en que debe proceder el juez cuando se

acredita la prestación del servicio más no se logran identificar plenamente los extremos temporales de la vinculación .

Ahora bien. Lo cierto es que la prueba recaudada no es clara al referirse a los extremos del vínculo laboral, más como se ha dejado señalado en la jurisprudencia arriba expuesta, en relación con los extremos temporales, si se trata de la fecha de ingreso, y únicamente se tiene como información, el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos hasta ese día se trabajó; y que si se está frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado (SL905-2013 reiterada en la SL1181-2018).

En tales condiciones, y dado que la testigo Marcelina Silva Rodríguez informó que la actora laboró desde 2014 hasta 2018, se tendrán como extremos temporales del vínculo laboral, **el 31 de diciembre de 2014 al 01 de enero de 2018**; información que es conteste por lo manifestado por Jeison Bernal Ortega, quien informó que por conoció a la actora seis o siete años atrás a su declaración, esto es, 2014-2015, y que la vio laborar aproximadamente hasta 2017.

En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia**, y en su lugar se DECLARÁ la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y JUBER ALEXANDER MORALES MORALES como dueño del establecimiento de comercio La Marrana Mona, desde el 31 de diciembre de 2014 hasta el 01 de enero de 2018.

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES, VACACIONES, Y APORTES A SEGURIDAD SOCIAL.

Sobre el tópic, sea lo primero precisar que en el plenario no se encuentran acreditados los **salarios**, pues para tal efecto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00411 -01
Demandante: **EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS.**
Demandado: **JUBER ALEXANDER MORALES MORALES.**

no basta la mención que sobre el mismo hacen los testigos, pues a ninguno le consta de forma directa el valor que la accionante percibía, de modo que, ante tal escenario no queda otro camino que imponer el **salario mínimo legal.**

Cesantías. Se adeuda por este concepto las siguientes sumas: 2014, \$1.711,11; 2015, \$644.350; 2016, \$689.455; 2017, \$737.717, y 2018, \$2.170.12; esto es, un total de **\$2'075.403,23**

Intereses a las cesantías. Se adeudan las siguientes sumas: 2014, \$0,57, 2015, \$77.322; 2016, \$82.734,6; 2017, \$88.526, y 2018, \$0,72; esto es, un total de **\$248.583,89**

Prima de servicios: Se adeudan las siguientes sumas: 2014, \$1.711,11; 2015, \$644.350; 2016, \$689.455; 2017, \$737.717, y 2018, \$2.170.12; esto es, un total de **\$2'075.403,23**

Vacaciones: Se adeudan las siguientes sumas: 31 de diciembre de 2014 al 30 de diciembre de 2015, \$322.175; 31 de diciembre de 2015 al 30 de diciembre de 2016, \$344.727,50; 31 de diciembre de 2016 al 30 de diciembre de 2017, \$368.858,50; y del 31 de diciembre de 2017 al 01 de enero de 2018, \$2.170,12; esto es, un total de **\$1'037.931,12.**

Aportes a seguridad social.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene dicho que no es dable cancelar directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos, previamente definidos en la ley, es que se pueden devolver aquellos efectuados de más, pero no puede ordenarse el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de **salud y riesgos laborales** es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa

omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, tal y como se logra desprender de la sentencia SL3009-2017; perjuicios que no fueron acreditados en el plenario.

Finalmente, y en lo que respecta a **pensiones**, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*

Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*.

De esta manera, y como quiera que el empleador no efectuó el pago de aportes a pensión, le corresponde pagarlos por el tiempo que duró la relación laboral: del 31 de diciembre de 2014 al 01 de enero de 2018, a través del cálculo actuarial que disponga la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Indemnización por despido sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de **terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa** por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente: el trabajador, quien afirma haber sido despedido debe

probar el hecho del despido; por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Pues bien. En el caso no existe ninguna prueba de la que se pueda desprender el hecho del despido, pues la única prueba recaudada, consistente en testimonios en tal aspecto resulta ser inidónea por cuanto se trata de testigos de oídas, pues Marcelina Silva señaló que el día de la terminación del contrato de trabajo, la accionante acudió a su casa, llorando y le comentó lo sucedido, y Jeison Bernal Ortega adujo que la actora le comentó que la terminación del contrato de trabajo se presentó por desacuerdos con el demandado. Por tanto, se impone la **absolución** respecto de tal pretensión.

Sanciones moratorias, intereses, e indexación.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones consagradas en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T y en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de las **sanciones moratorias** es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la

consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que pese a que logró demostrar que la demandante prestó servicios al señor JUBER ALEXANDER MORALES MORALES, se declaró la existencia de un contrato de trabajo, por cuanto no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación; no obstante, de los elementos probatorios arrojados no es dable establecer que la trabajadora estuvo sujeta a subordinación, pues el testigo Jeison Bernal Ortega no fue trabajador del demandado y ni siquiera tenía conocimiento de éste, pues nunca lo vio, y la señora Marcelina Silva Rodríguez si bien laboró, lo hizo de forma muy esporádica, por demás que no detalló la forma en que se desarrollaba la relación laboral, y si la actora era objeto de órdenes, sanciones disciplinarias, o similares, para desentrañar tal elemento.

En tales condiciones, considera la Sala que no hay lugar a imponer sanciones moratorias, ya que, no se avizora que el actuar del demandado estuviera desprovisto de buena fe.

En cuanto a los intereses sobre las condenas, recuérdese que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, cuando no se ha entablado demanda dentro de los 24 meses siguientes al fenecimiento del

contrato de trabajo, no surgirá el derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, sino a los **intereses moratorios**, a partir de la terminación del vínculo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera (CSJ SL, 6 may. 2010, Rad. 36577, reiterada en las CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 38177, CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 46385, CSJ SL2966-2018, CSJ SL2140-2019 y CSJ SL2805-2020); no obstante, para que haya lugar a ello, debe ser procedente el pago de la indemnización moratoria, la que se pagará de la forma señalada, por lo que, en tales condiciones, tampoco sería dable su reconocimiento.

Así las cosas, se ordenará el reconocimiento de las **condenas debidamente indexadas**, dado que al momento en que se haga efectivo el pago de estas, su valor podría verse sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo del demandado.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. En su lugar, se dispone:

- A. DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS y JUBER ALEXANDER MORALES MORALES, entre el 31 de diciembre de 2014 y el 01 de enero de 2018.
- B. CONDENAR** a JUBER ALEXANDER MORALES MORALES a reconocer y pagar a favor de EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS, las siguientes acreencias laborales y valores:
- **Cesantías**, \$2'075.403,23
 - **Intereses a las cesantías**, \$248.583,89
 - **Prima de servicios**, \$2'075.403,23
 - **Vacaciones**: \$1'037.931,12
 - Los anteriores valores se deberán pagar debidamente **indexados** al momento en que se haga efectivo su pago.
- C. CONDENAR** a JUBER ALEXANDER MORALES MORALES a reconocer y pagar a favor de EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS los **aportes a pensión** mediante el **cálculo actuarial** que disponga la administradora de pensiones donde se encuentra afiliado el demandante, entre el 31 de diciembre de 2014 y el 01 de enero de 2018, teniendo en cuenta como I.B.C. el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.
- D. ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO – Costas en ambas instancias a cargo del demandado.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00411 -01

Demandante: **EMILIA MERICES BALLESTEROS VARGAS.**

Demandado: **JUBER ALEXANDER MORALES MORALES.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo del demandado.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO** promoviese contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, de origen común y fecha de estructuración del día 6 de mayo de 2011 y como consecuencia de ello, se ordene a Porvenir

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

S.A. reconocer la respectiva pensión de invalidez desde tal data o la fecha que se considere pertinente.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Ingresó a trabajar el día 14/12/2012 en la empresa Aguas de Bogotá S.A. ESP, mediante contrato a término fijo el cual finalizó el 13/06/2013; **2)** LA mentada empresa lo vinculó nuevamente bajo un contrato de obra o labor, contrato que inició el 14/06/2013 y se encuentra vigente; **3)** El cargo desempeñado en ambos contratos es el de conductor del proyecto de aseo; **4)** En razón del cargo desempeñado *“se ve obligado a manejar una vida sedentaria, pues la mayoría del tiempo se encuentra sentado y su cuerpo estático”*; **5)** Desde hace más de 6 años empezó a sentir dolores con aguda intensidad en la región lumbar y sacra que se proyectaba a sus miembros inferiores, los cuales se hicieron *“insoportables”*, limitaron la flexión de columna lumbar e hicieron *“intolerable”* la postura bípeda por espacios de tiempo prolongados; **6)** Conforme los diagnósticos médicos padece de: *“discopatía lumbar degenerativa múltiple L4, L5, hernias discales L4-L5 S1, radiculopatía L5, pequeña protucción discal izquierda, síndrome facetario L5-S1 derecha, osteocondritis de parrilla costal ”*; **7)** Ha sido intervenido por las hernias discales en los años 1996 y 2002; **8)** Cuando hace fuerza debe solicitar la ayuda de otra persona, camina con ayuda de un bastón y de un tercero debido a los *“insoportables dolores”* y a la limitación funcional, además el dolor se prolonga y aumenta hasta hacerlo *“insoportable”*, en especial cuando hace frío o permanece sentado por largo tiempo; **9)** Lo anterior ha ocasionado que, desde el 2014 hasta la fecha, esté incapacitado; **10)** El 30/08/2014 superó los 180 días de incapacidad médica; **11)** Acudió a Porvenir S.A., el 23/10/2014 a fin de radicar documentos requeridos para la calificación de pérdida de capacidad laboral; **12)** Fue calificado por el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

capacidad laboral y origen de Seguros de Vida Alfa S.A. – empresa contratada por Porvenir S.A.; **13)** Mediante dictamen notificado el 20/01/2015 determinaron una pérdida de capacidad laboral del 28.2%, de origen común y fecha de estructuración 20/10/2014; **14)** Frente a tal dictamen se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación; **15)** Se remitió el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, entidad que mediante dictamen de 15/05/2015 otorgó una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 40,74%, con origen común y fecha de estructuración del 06/05/2011; **16)** El 09/06/2016 se presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del dictamen antes mencionado; **17)** El 03/12/2015 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resuelve el recurso mencionado, otorgándole un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 40.99%, con fecha de estructuración 06/05/2011 y origen común; **18)** Tiene 50 años; **19)** Inició con su incapacidad continua desde el 26/01/2014 hasta la fecha de presentación de la demanda, no ha podido trabajar y los médicos le siguen expidiendo incapacidades; **20)** Es el único apoyo para su núcleo familiar, debiendo velar por su esposa e hijos pequeños, además tiene un grado de escolaridad primaria, lo cual, aunado a su edad impiden que pueda ser admitido en otro trabajo, entre otras cosas por sus padecimientos; **21)** Su profesión durante toda su vida laboral ha sido la de conductor, labor que le exige una vida muy estática ya que le obliga a permanecer sentado por más de 8 horas diarias, lo que le es insoportable, por ello no puede seguir desempeñando su labor; **22)** En los dictámenes de pérdida de capacidad laboral no se tuvo en cuenta el deterioro de salud que presenta con el paso del tiempo, ni las afectaciones físicas y psíquicas que le generan los intensos dolores y tampoco se tuvo en cuenta que lo único que sabe hacer es conducir, pues a eso se ha dedicado por más de 25 años.

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (fls. 542 a 603 Archivo 01), señaló que no se está formulando pretensión alguna respecto del dictamen de esa Junta y que las pretensiones son ajenas e independientes a esa entidad; aceptó los hechos relacionados con el inicio del contrato de trabajo, la fecha en la que superó los 180 días de incapacidad, la radicación de documentos ante Porvenir S.A. para la calificación de pérdida de capacidad laboral, la calificación efectuada por Seguros de Vida Alfa S.A., los recursos interpuestos contra esta, la fecha y dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la fecha de inicio de la incapacidad del demandante¹ e indicó que los demás no eran ciertos o no le constaban.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, inexistencia de la obligación: improcedencia de las pretensiones respecto de la Junta Nacional – competencia del Juez Laboral, buena fe y la genérica.

Expuso que el grado de restricción funcional de un paciente debe sustentarse en su historia clínica, de conformidad con lo

¹ Aceptó los hechos relacionados en los numerales 5, 9, 16 a 22 y 25

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

establecido en el artículo 9 del Decreto 917 de 1999 y con fundamento en esta y en los conceptos de los médicos tratantes del señor Muñoz Forero, se evaluó la real condición de pérdida de capacidad laboral para los diagnósticos que presentaba el paciente al momento de la valoración, esto es: 1) trastorno de disco intervertebral lumbar con presencia de herniación L4-L5-S1, y 2) radiculopatía L5 derecha.

Señaló que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral asignado por esa Junta se encuentra cabalmente ajustado a la realidad clínica y personal del paciente al momento de su calificación, a partir de los criterios técnicos y legales establecidos en el Decreto antes citado, por lo que cualquier calificación y/o evaluación respecto a la pérdida de capacidad laboral del demandante en la que se incluyan resultados posteriores a la fecha de calificación de esa Junta o que incluya condiciones clínicas que no estaban documentadas en su momento, exonera a la entidad de cualquier cargo, ya que se estaría evaluando una condición clínica posterior a la que esa institución tuvo de base para emitir su concepto.

Precisó que, para diciembre de 2015, existían 3 dictámenes expedidos en instancias diferentes – AFP, Junta Regional y Junta Nacional – por entidades independientes entre sí, que concuerdan en que las limitaciones que presenta el paciente no presentaban un estado de invalidez para el momento de su calificación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 604 a 658 Archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, luego de aceptar los hechos referentes a la fecha en que el demandante radicó documentos requeridos para la calificación de pérdida de capacidad laboral, la calificación de porcentaje y origen de pérdida de capacidad laboral efectuada por Seguros de Vida Alfa S.A. y su resultado, los recursos contra esta interpuestos y los dictámenes proferidos por la Junta Regional y Nacional de

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Calificación de Invalidez y sus resultados², luego de señalar que los demás hechos no le constaban.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la genérica.

Indicó que el demandante se afilió a Porvenir S.A. mediante solicitud de vinculación suscrita el 24/10/1994 con fecha de efectividad 01/11/1994, que el 23/10/2014 radicó ante esa AFP solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, acompañando la documentación pertinente para el efecto..

Señaló que conforme los distintos dictámenes efectuados en las instancias respectivas y en firme el emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el demandante no es inválido, en consecuencia, no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez por parte de Porvenir S.A.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de agosto de 2021³, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, haciendo énfasis en las facultades conferidas al juez laboral en el artículo 61 del CPTSS respecto de la libre apreciación de la prueba, procedió a analizar el dictamen rendido en su momento por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, señalando que, en dicho dictamen se apreció la labor ejecutada por el demandante, su edad, patologías, las cirugías que se le han practicado, las valoraciones realizadas por fisioterapia,

² Aceptó los hechos contenidos en los numerales 17 a 21 y 23.

³ Archivos 09 y 10

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR
S.A.

neurocirugía y clínica del dolor, así como su historia clínica, tal y como se puede observar en el mismo.

Precisó que se desvirtuaron las afirmaciones hechas por la parte demandante referentes a que no se tuvo en cuenta el deterioro progresivo que ha tenido, siendo claro que la Junta Nacional tuvo en cuenta la totalidad de las patologías descritas en la demanda, se tuvo en cuenta su edad y ocupación, se estudió sobre la radiculopatía, las secuelas y enfermedades que tenía en su columna lumbar, además, las patologías a calificar, fueron trastorno de discopatía intervertebral lumbar con presencia de herniación L4 L5 S1 y radiculopatía L5 derecha, indicando la junta que las restantes expresiones transcritas por la abogada, forman parte del mismo diagnóstico y corresponden a descriptores clínicos que permiten inferir la extensión de la patología pero no son diagnósticos independientes, adicionalmente, la Junta manifestó que encontró un paciente independiente para la marcha, con soporte de bastón, con restricciones en arcos de movilidad de columna lumbar más por referencia del dolor que por impedimento pero sin lesiones ni limitaciones objetivas en sus extremidades inferiores.

Adujo que, en ninguna de las calificaciones realizadas al actor, se le dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, adicionalmente, se decretó como prueba la valoración del actor ante la Junta Regional de Calificación de Boyacá, para que calificara el origen de las patologías el porcentaje de pérdida y la fecha de estructuración, entidad que rindió dictamen de fecha 07/12/2017, en el que señaló que el demandante tenía una pérdida de capacidad laboral del 43.94%, indicando que era de origen común y fecha de estructuración 10/11/2017, encontrándose que esta calificación también se guió de los parámetros establecidos en el Decreto 917 de 1999, además de analizarse los trastornos específicos de los discos intervertebrales, también estudió la gastritis crónica, analizando

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR
S.A.

los conceptos e información médica, sin encontrar que las patologías generaran una invalidez del 50%.

Valoró las declaraciones de las doctoras Aurora Espinel Quintero y Jazmín Agudelo Ovallos, fisioterapeutas intervinientes en el grupo calificador de la Junta de Boyacá, precisando que fueron claras en indicar que se realizó calificación de la columna otorgándole al demandante el mayor porcentaje dado ese tipo de patologías, así mismo manifestaron que se tuvieron en cuenta la radiculopatía dentro del diagnóstico de columna, precisando que no se examinó la radiculopatía respecto de la parte neurológica pero sí respecto del diagnóstico de columna, adicionalmente indicaron que tuvieron en cuenta el estado funcional del demandante para la fecha en que fue calificado, las últimas valoraciones, descalificando aquellas valoraciones realizadas con anterioridad pues eran las últimas las que permitían determinar esa pérdida de capacidad laboral, adicionalmente encontró que dicha Junta de Calificación tuvo en cuenta la autosuficiencia económica del actor, en la que se valoró el hecho de que en la actualidad depende de sus hermanos y de su mamá, también se tuvo en cuenta su estado anímico, así como examen físico que incluía la movilidad de la columna, pruebas específicas, marchas con trayectos largos y una entrevista al actor para saber sobre sus actividades diarias, familiares y laborales, lo que le generó el porcentaje expuesto en esa calificación, hizo expresa mención en que al consultársele a la doctora que, si al sumarse la radiculopatía con la calificación de la columna cambiaba el porcentaje y que esta indicó que se le dio el porcentaje máximo, porque no alcanzaba a sumar el 50% que se requería para la invalidez, ello porque dice que la columna es una parte de todos los órganos que conforman el cuerpo de la persona y el hecho de que este afectado no impide a la persona ejercer otro tipo de actividades, razón por la cual, que si bien es una enfermedad que requiere bastante rehabilitación, dolorosa,

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

de cuidados, ello no implica superar ese porcentaje en un valor igual o superior al 50%.

Concluyó indicando que no había lugar a modificar ni declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al proferirse dentro marco normativo que regula la materia, las enfermedades diagnosticadas al demandante y en los análisis realizados por los médicos tratantes e historia clínica, especialmente cuando la prueba pericial ordenada dentro de este proceso permitió evidenciar que las enfermedades del actor no alcanzaban a otorgarle un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, además, frente a lo expuesto por la apoderada del demandante, quien indica que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá no tuvo en cuenta las patologías respecto de amigdalitis, señaló que estas enfermedades ni siquiera fueron descritas en el libelo inicial para indicar que debían ser tomadas en cuenta por las mencionadas entidades.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La **PARTE ACTORA** manifestó, que faltaron enfermedades por calificar dentro de los dictámenes hechos por la Junta Nacional de Invalidez y la Junta Regional de Calificación de Boyacá, tales como la radiculopatía L5 derecha, y la enfermedad crónica de la amigdalitis y de los adenoides, por lo que dichos dictámenes se encuentran incompletos y por ello no había lugar a emitir sentencia bajo una pericia incompleta.

Señaló que no es cierto que dentro del dictamen de la Junta Nacional se tuvieran en cuenta todas las enfermedades, ya que en este no se tuvo en cuenta la enfermedad de la gastritis, además, por “sentido común” no se le puede llamar a una persona que utiliza bastón todo el tiempo para caminar como persona independiente, por lo que considera que los dictámenes no dan

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

la calificación real frente al tema de discapacidades y de minusvalía del actor.

Adujo que, las respuestas dadas en los interrogatorios hechos a las doctoras referente al dictamen, no llevan a la convicción de que fueran unas respuestas objetivas y a la apreciación de este dictamen le faltó claridad, solidez y precisión, además que llenaban sus respuestas de muchos conceptos subjetivos que le restan imparcialidad al dictamen, además indicó que, independientemente que la calificación total llegara al 50% o no, los dictámenes de la Junta Nacional y la Regional de Boyacá, estaban incompleto y por esa razón no se podía dictar una sentencia basado en ellos.

Finalmente, precisó que el Tribunal “deberá” ordenar de oficio un nuevo dictamen o declarar al demandante inválido, dejando sin efecto el dictamen aquí demandado, esto es el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y Porvenir S.A. para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver**, se circunscribe a determinar, si es dable dejar sin efecto el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ de fecha 03 de diciembre de 2015, en el que se dispuso que las patologías que padece el actor son de origen común y que el demandante tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 40.99% con fecha de estructuración el 06/05/2011, y si, de ser ello plausible, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de Porvenir S.A. desde dicha data.

DE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Las juntas de calificación de invalidez tienen como función principal calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Asimismo, los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, conforme al artículo 31 del Decreto 2463 de 2001 (vigente al momento de los hechos) *“deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”*.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional ha establecido que los dictámenes que expiden las juntas de calificación deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, actividades, entre otras. En sentencia T-424 de 2007, dijo:

“Los dictámenes que emitan las juntas de calificación, deben contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión. Así pues, el artículo 9° del

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

decreto 2463 de 2001 consagra los fundamentos de hecho y de derecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración de la misma. Así pues, indica que los fundamentos de hechos son todos *“aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio”* y que los fundamentos de derechos son *“todas las normas que se aplican al caso de que se trate”*. (Subrayado fuera de texto)

Del mismo modo, el artículo 10 del Decreto 2463 de 2001, dispone que las instituciones prestadoras de servicios de salud (I.P.S.), las entidades promotoras de salud (E.P.S.) y/o las administradoras de riesgos laborales (A.R.L.), deben remitir *“los documentos soporte de la calificación, incluida la autorización del trabajador para anexar copia de la historia clínica y en general adelantar los trámites necesarios para facilitar la calificación y el reembolso de las cuentas”*. Igualmente, en el párrafo 1° del aludido artículo 10 del Decreto 2463 de 2001, se contempla que también es obligación de los empleadores, suministrar la información requerida para la calificación, tanto por solicitud de las entidades administradoras competentes, como aquellas que puedan ser requeridas por las juntas de calificación de invalidez.

Así mismo, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones. Por su parte, el artículo 14 del Decreto 2463 de 2001 señala que deben *“emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidez o del aspirante*

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada calificación". (Subrayado fuera de texto)

Del mismo modo, son funciones de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calificar en segunda instancia el estado de invalidez cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (numeral 6 del artículo 3° y 13 del Decreto 2463 de 2001).

Por su parte, , el artículo 25 del Decreto 2463 de 2001 dispone que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral debe contener, entre otros documentos, la historia clínica o resumen de la misma, en donde conste los antecedentes y diagnóstico definitivo; y los exámenes clínicos, las evaluaciones técnicas, los exámenes complementarios que ayuden a determinar el estado de salud del posible beneficiario y la certificación sobre el proceso de rehabilitación integral o sobre la improcedencia de la misma.

En ese sentido, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez corresponden a un concepto técnico y científico sobre la valoración completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, a través del cual, se evalúa el daño sufrido y las consecuencias que emanan del mismo, tal y como lo ha dicho la

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13545-2014:

“Aunque las pensiones por invalidez originadas en el trabajo eran concedidas provisionalmente por el término de dos años, luego de los cuales tenían el carácter de definitivas, estaban sujetas a revisión si se consideraba que habían cambiado las condiciones en su otorgamiento. Tal situación es lo esperable, si se comprende que el objetivo del aseguramiento a través de cualquiera de los sistemas de protección de los riesgos, debe contribuir al mejoramiento integral de los individuos y que el déficit en el sistema de los seguros sociales, en punto a la declaratoria de la invalidez, también se ha originado en el abandono de aspectos tan necesarios como la reeducación profesional del inválido o su reclasificación en el mercado del trabajo, que era lo que se propugnaba desde el inicio de la legislación, solo que sin mayor aplicación.

Al cotejar el anterior esquema con el insertado por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, lo que se advierte es que **se mantuvo un carácter técnico científico sobre la valoración completa del estado de salud, incluso bajo mayores estándares de razonabilidad se sujetó al dictamen a un concepto de integralidad**, en el que se tuviere en cuenta i) la voluntad, esto es si existe en el individuo la posibilidad de gobernar, escoger o motivar, ii) la habituación que organiza los hábitos y las rutinas y iii) la ejecución a partir del cual se estudian las estructuras utilizadas para producir el desempleo ocupacional.

El artículo 2 del Decreto 917 de 1999, que corresponde al Manual Único de Calificación, considera inválido a quien hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y define como incapacidad permanente parcial la que se encuentra entre el 5 y el 50%. En contravía a lo afirmado por el Tribunal, en esta nueva concepción de la evaluación también se ponderan las habilidades, destrezas, aptitudes, potencialidades de orden físico, mental y social e incluso para la definición de la fecha de la estructuración de invalidez, debe contar las Juntas de Calificación con los insumos necesarios, como historias clínicas, exámenes y demás.

Allí se incorporan los criterios de **deficiencia** como *«toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano»*; **discapacidad** *toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o*

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

*rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona»; y **minusvalía** como «toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno». La anterior reseña es indispensable para concluir la equivocación del Tribunal al restarle eficacia al dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez, fundado en que la actual medición es cuantitativa y no cualitativa, pues como se anotó en ambos modelos la evaluación del daño sufrido por el accidente de trabajo y las consecuencias que del mismo emanan, se nutren de diversos componentes».*

Por otra parte, no sobra recordar que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, según el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001 deben ser “*dirimidas por la justicia ordinaria laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente*”. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 19 de octubre de 2006, Rad. 29622, y SL5280-2018, dispuso:

“Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables (...)

De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (...)

Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías.”.

Ahora bien, y en cuanto a la valoración de diferentes dictámenes que se allegan a un proceso, la misma corporación en sentencia SL2349-2021, dijo:

“Al definir un asunto en el que se opongan diferentes conceptos científicos sobre el estado de salud de una persona, **los jueces pueden soportar su decisión en el que les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción.** Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL-4346-2020 la Sala asentó:

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez se determina, en primera oportunidad, por las entidades de seguridad social y las juntas de calificación de invalidez, conforme al manual único para la calificación vigente al momento de su práctica -decretos 917 de 1999 o 1507 de 2014, según el caso (...).

Aunque la Corte ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019, CSJ SL3380-2019, CSJ SL 3992-2019 y CSJ SL5601-2019). En esa medida, el juez no puede simplemente ignorar las circunstancias que rodean el caso, la conducta procesal y los demás elementos probatorios adosados, pues todos, en conjunto, permiten determinar el momento en el que se produce, de manera definitiva, la disminución de la capacidad laboral de la persona”. (Negrillas por la Sala).

En similar sentido en sentencia SL3992-2019, indicó:

“Para esos fines, el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Específicamente, en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez del trabajo, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria.” (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia en el proceso los hechos relativos a que el señor Manuel Alfonso Muñoz Forero se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A. desde el 24 de octubre de 1994 (fl. 616 Archivo 01); que ante solicitud elevada ante dicha AFP el 23/10/2014 (fl. 396 y 636 a 646 Archivo 01) fue calificado el 20 de enero de 2015 por Seguros de Vida Alfa S.A., con una pérdida de capacidad laboral del **28.2%**, de origen común y fecha de estructuración 20 de octubre de 2014 (fl. 398 a 402 y 648 a 651 Archivo 01); dictamen modificado el 15 de mayo del 2015 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, con una pérdida de capacidad laboral del **40,74%**, con **fecha de estructuración 06 de mayo de 2011** y origen común (fls.406 a 411 Archivo 01 y carpeta cd folio 301); el cual fue incrementado levemente en su porcentaje por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 03 de diciembre de 2015, quien determinó una pérdida de capacidad laboral del **40,99%**, con la misma fecha de estructuración y origen determinados por la Junta Regional (fls.420 a 428 Archivo 01 y carpeta cd folio 301).

Pues bien, conforme al análisis de las pruebas expuestas y, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se tiene que, con la contestación de la Junta Nacional, fue allegado el expediente de calificación del demandante (Archivo cd folio 301), en el que obran los dictámenes efectuados al

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

demandante por Seguros de Vida Alfa S.A. y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, los recursos presentados contra estos, informe de estudio electromiográfico de 22/05/2014, RX caderas comparativas del 05/07/2014, rm columna lumbosacra del 26/07/2014, resonancia magnética simple de columna lumbosacra del 06/05/2011, historia clínica de fechas 12/06/2014, 02/10/2014, 16/06/2015, 22/06/2015, 09/11/2015, (fls. 41 a 76 y 84 a 89 Archivo cd folio 301).

Dentro de los citados documentos médicos, no se encuentra diagnóstico alguno referente a “gastritis”, el cual echa de menos la parte apelante en el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siendo tales documentos contestes en señalar que los diagnósticos del señor Muñoz Forero corresponden a “discopatía lumbar múltiple L4-L5-S1 Hernia Discal, pequeña protucción discal izq”⁴ y “trastornos de disco lumbar y otros con radiculopatía”⁵.

Al punto, debe recordarse que, conforme la jurisprudencia arriba citada el dictamen emitido por las juntas de calificación debe contener, entre otros, los fundamentos de hecho que sustentan su decisión, los cuales tienen en cuenta, entre otros, las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos, ello con fundamento en el artículo 4° del Decreto 917 de 1999, no encontrando fundamento para que la Junta Nacional tuviera en cuenta un eventual diagnóstico de “gastritis” dentro de los fundamentos de hecho del dictamen del actor, como quiera que, se reitera, dentro de las historias clínicas y exámenes diagnósticos arriba señalados y allegados a esa institución, no se encuentra evidencia médica que demuestre que el demandante padecía de tal dolencia.

⁴ Fl 44 Archivo cd folio 301

⁵ Fl 44 ibídem

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Frente al particular, téngase en cuenta que *“la gastritis es una inflamación de la mucosa gástrica, de la capa interna del estómago”*⁶, y en la historia clínica arrimada a las entidades que efectuaron los dictámenes nada se anota sobre el particular, nótese como, por ejemplo, en la consulta que el demandante tuvo el 12/06/2014⁷ en la revisión hecha, en la parte gastrointestinal se indica “no refiere” y en el examen físico se indica “sin alteraciones” respecto de la parte gastrointestinal, tampoco se efectúa un diagnóstico frente a patología alguna referente a “gastritis”, situación que se repite en la consulta de fecha 16/04/2014 y en la del 03/03/2014⁸, no encontrando mérito alguno contrario a lo afirmado por la activa en la apelación, para establecer que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez pasó por alto u omitió la inclusión de dicha enfermedad, en tanto, se insiste, no existe evidencia médica en la historia clínica, que fundamente su inclusión en el dictamen, al menos para la data en los que fueron expedidos.

Ahora bien, resulta relevante señalar que en el presente proceso fue decretado por la juez de la causa la práctica de un dictamen pericial, el cual fue rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, quien determinó que el demandante tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del **43.94%** de origen común y fecha de estructuración del **10/11/2017** (fl. 707 a 716 Archivo 01).

Al revisar dicho dictamen se observa que el padecimiento que echa de menos la parte apelante sí fue incluido, al evidenciarse en la historia clínica posterior, sin embargo el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante no igualó o superó el 50%.

⁶ https://www3.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=911:abril-27-28-29-2013&Itemid=972#:~:text=La%20gastritis%20es%20una%20inflamaci%C3%B3n,la%20mucosa%20C%20como%20un%20bache.

⁷ Fl 44 – 45 Archivo cd folio 301

⁸ Fls. 45-48 Archivo CD folio 301

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Con base en lo anterior, y evaluado el contenido de los dictámenes expedidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y aquel decretado por la *a quo*, la Sala no se encuentra mérito para señalar que los mismos no incluyeron el diagnóstico de radiculopatía L5 derecha, pues el dictamen proferido por la primera de las mentadas entidades lo incluyó en este, asignándole un porcentaje del 6%⁹ y la segunda entidad lo incluyó asignándole un porcentaje del 7%¹⁰.

En cuanto a las enfermedades de “amigdalitis” y “adenoides”, que señala la parte apelante no se tuvieron en cuenta en tales dictámenes, sucede lo mismo que antes se indicó respecto de la patología “gastritis”, en las historias clínicas y exámenes allegados a las entidades calificadoras, no obra constancia de que el demandante padecía de las mismas, solamente en aquella consulta de fecha 08/08/2009¹¹ se menciona que tuvo “un episodio de amigdalitis”, pero no se indica como diagnóstico y menos que sea padecido de manera crónica.

Ahora bien, revisado el dictamen del 07 de diciembre de 2019 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá – dictamen que fuera decretado por la *A Quo* para desatar la controversia-, se constata por la Sala que ésta entidad efectuó un recorrido por toda la historia clínica del paciente, los conceptos médicos expedidos por las distintas especialidades como fisioterapia, medicina física, rehabilitación, medicina interna y neurología que datan de los meses de octubre y noviembre de 2017, esto es, de fechas posteriores a los tenidos en cuenta por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para emitir su dictamen, lo cual permitió que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante aumentara, comparado con aquel que determinó la Junta Nacional en su dictamen.

⁹ Fl. 101 Archivo CD folio 301

¹⁰ Fl. 711 Archivo 01

¹¹ Fl. 60 Archivo CD folio 301

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Aunado a lo anterior, se denota que dicha Junta Regional tuvo en cuenta las pruebas específicas de “EMG”, “anatomía patológica” y “RNM CLS”, efectuadas el 22/05/2014, 18/09/2015 y 06/09/2017, respectivamente, para determinar la existencia de las patologías padecidas por el actor y allí calificadas tales como: “gastritis crónica y otros trastornos especificados de los discos vertebrales”, lo que permitió determinar un porcentaje del 43.94% de pérdida de capacidad laboral del demandante, porcentaje mayor al determinado por la Junta Nacional en su dictamen.

Las consideraciones que anteceden permiten concluir la ausencia de omisión o yerro alguno en que hubieren podido incurrir las entidades calificadoras, pues por el contrario, se denota que tuvieron en cuenta para fundamentar su decisión la correspondiente historia clínica del actor, le efectuaron valoraciones clínicas, y llevaron a cabo la respectiva valoración a través de fisioterapia, medicina física, rehabilitación, medicina interna y neurología, para determinar su condición de salud. Además, tanto la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como la Regional de Boyacá fundamentaron sus decisiones en la normatividad que rige la materia, Ley 100 de 1993, Decreto 2566 de 2009, Decreto 917 de 1999, y Decreto 2463 de 2001, así como tuvieron en cuenta las labores por él desempeñadas y el su cargo.

Así mismo, no encuentra la Sala que la parte actora al momento de efectuarse la nueva valoración por parte del equipo interdisciplinario de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el día 7 de diciembre de 2017, hubiese informado de prescripciones médicas, cirugías posteriores y consultas médicas o de fisioterapia u otras especialidades, con las que el aludido equipo interdisciplinario hubiera podido establecer secuelas o eventos adicionales, para incrementar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se dictaminó.

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

De otro lado, la parte apelante direccionó su inconformidad frente a lo señalado por las profesionales Aurora Espinel Quintero y Jazmín Agudelo Ovallos, -fisioterapeutas intervinientes en el grupo calificador de la Junta de Boyacá-, argumentando que, a su juicio, las respuestas por ellas dadas en su declaración no fueron objetivas, sin embargo, al escucharse dichas declaraciones, no evidencia la Sala que lo señalado por la parte apelante sea correcto; lo anterior, como quiera que dichas profesionales fueron contestes en explicar qué patologías fueron calificadas, cómo se hizo ello, los exámenes tenidos en cuenta y los que se necesitan para calificar dichos diagnósticos, además de explicar el caso concreto del hoy demandante; declaraciones estas que para la Sala resultan imparciales e idóneas, a efectos de explicar las razones por las cuales se dispuso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 43.94%.

Finalmente debe señalar la Sala que la calificación de pérdida de capacidad laboral o porcentaje específico de invalidez *distinto* al hallado por la entidad calificadora no puede ser inferido directamente por el operador judicial, Para ello se requiere de un instrumento médico, técnico y científico que permita constatar la forma en que evolucionaron sus dolencias oculares y renales; debe estar respaldado en un método convalidado por la comunidad científica, e incorporar un análisis minucioso y objetivo de todos los elementos del expediente clínico. En el proceso en examen existen 4 dictámenes que conceptúan que el demandante no es inválido y no se cuenta con una prueba o medio de convicción apto con las aludidas cualidades que imponga establecer un porcentaje distinto o que *contrapruebe en forma distinta a lo que establecieron los varios dictámenes emitidos* en el caso del señor Muñoz Forero.

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR S.A.

Por lo brevemente expuesto en precedencia, la Sala comparte en su integridad la decisión de la primera instancia por lo que la sentencia será CONFIRMADA.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501920160037902

Demandante: MANUEL ALFONSO MUÑOZ FORERO

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PORVENIR
S.A.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-01216 -01

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por MEDIMÁS E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **JHON JAIRO COSSIO ARROYO**, en contra de **MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de \$15'600.000 por concepto de cirugía practicada el 23 de diciembre de 2019 en las instalaciones de la Clínica Atenas Ltda. I.P.S.

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Se encuentra afiliado a MEDIMÁS E.P.S.; **2)** El 14 de junio de 2019 acudió a consulta con especialista en ortopedia y traumatología, en donde se confirmó que padecía de Coxartrosis, que su enfermedad actual era *“dolor coxofemoral cadera derecha de unos 19 años de evolución asociado cojera progresiva por limitación de movilidad y acortamiento progresiva”*, que era candidato de remplazo total de cadera derecha, y la cita para el procedimiento sería el 02 de septiembre de 2019, la que fue reprogramada para el 04 de diciembre del mismo año, no obstante, tampoco se llevó a cabo; **3)** El 04 de diciembre de 2019 acudió a cita particular, quien consideró la necesidad de la cirugía, la que sería realizada el 23 de diciembre de 2019 en la Clínica Atenas Ltda.; y **4)** Los recursos para la cirugía los obtuvo de un préstamo con el Banco BBVA.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

MEDIMÁS E.P.S. se opuso a las pretensiones de la demanda (archivo 4). No propuso excepciones de mérito.

Indicó que el demandante se encuentra como retirado de la E.P.S. desde el 01 de junio de 2020, de manera que, no es dable asumir su pago, pues se está frente a una afiliación múltiple; y que al demandante se le autorizó el correspondiente procedimiento de reemplazo de cadera total.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (archivo 6), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de mayo de 2022, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión formulada por el actor en contra de MEDIMÁS E.P.S EN LIQUIDACIÓN.

TERCERO: ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, reconocer y pagar a favor del actor, la suma de \$15'600.000 en el término de cinco días.

PARÁGRAFO 1°: A efectos de realizar el respectivo pago, MEDIMÁS E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatario.

En síntesis, refirió que la salud es un derecho fundamental que tiene como fundamento los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que según informe técnico de la galena Alejandra Rojas Rojas, se observan fallas en la integralidad y prestación del servicio de salud, pues entre la primera y segunda autorización de la cirugía del actor, transcurrieron dos meses, principios que resultaron aún más vulnerados al no efectuarse la aludida cirugía en la segunda oportunidad, y al requerir tratamiento por urgencias el 29 de septiembre de 2019; que no es dable alegar afiliaciones múltiples, pues el actor sólo presentó una nueva afiliación el 01 de junio de 2020, y los hechos de la demanda datan de junio a diciembre de 2019; que por lo anterior, se encuentra demostrada una incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la E.P.S.; y que al demostrarse que se incurrieron en gastos por \$15'600.000, y estar la demandada en proceso de liquidación, es dable que se incluya dicho crédito conforme lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010.

IV. APELACIÓN.

MEDIMÁS E.P.S. (archivo 9) expuso que la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 2022320000000864 de marzo de 2022 ordenó la toma inmediata de los bienes, haberes y negocios, así como la intervención forzosa de la entidad, asignando liquidador a MEDIMÁS, estableciéndose la suspensión de pago de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, esto es, hasta el 08 de marzo de 2022; que por lo anterior, para que se pueda

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

hacer efectivo una obligación, se debe acudir al proceso de liquidación de la entidad, de modo que, si la obligación no se solicitó dentro del proceso concursal, debe pasar al pasivo cierto no reclamado; y que la decisión carece de todos sustento, pues la demandante no tuvo en cuenta la normatividad que rige la materia de reembolsos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto de los recursos. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días a cargo de la E.P.S.; si sobre las prestaciones aludidas operó el fenómeno de la prescripción; si la empresa demandante debe hacerse parte dentro del proceso liquidatorio de CAFESALUD E.P.S.; si hay lugar a imponer condenas a MEDIMÁS E.P.S.; y si es dable reconocer el pago de las incapacidades debidamente indexadas.

DE REEMBOLSO ATENCIÓN DE URGENCIAS.

Las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S. cumplen la **función de aseguradoras** en salud, pues son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las E.P.S. en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento. La aludida norma establece:

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento (...).”

Así mismo, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** Al respecto, el artículo 2° de la citada normatividad, establece:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, entre ellos la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera **integral**, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

“(...)En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho”.

Por lo anterior, es claro que la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

Ahora bien, y para que proceda el reembolso de los servicios médicos requeridos, es necesario tener en cuenta que el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, establece:

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> 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 igual sentido, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, reza:

“b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

- 1.** Por concepto de **atención de urgencias** en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
- 2.** Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
- 3.** En los eventos de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia** demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”.

Así las cosas, se hace necesario determinar cuándo se está frente a una **atención de urgencias**, frente a lo que se hace necesario empezar por definir el concepto de urgencia. Al punto, la Organización Mundial de la Salud – OMS –es *“la aparición fortuita (imprevista o inesperada) en cualquier lugar o actividad, de un problema de salud de causa diversa y gravedad variable,*

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia"¹

Ahora bien, el servicio de urgencia, como servicio asistencial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, *“debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa”*.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social (que modificó la Resolución 5592 de 2015), la atención de urgencias consiste en la *“modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”*.

Igualmente, el artículo 10 literal b) de la Ley 1751 de 2015, al establecer los derechos y deberes de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud, dispuso lo siguiente:

“Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...)

***b)** Recibir la **atención de urgencias** que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno”*.

De esta manera, la atención de urgencias, únicamente busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con

¹ “Urgencia, gravedad y complejidad: Un constructo teórico de la urgencia basado en el triaje estructurado” - J. Gómez Jiménez -Servicio de Urgencias. Hospital Nostra Senyora de Meritxell. Principat d’Andorra.

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad, tal y como se asentó en sentencia T-210 de 2018.

No obstante, en el ordenamiento jurídico también se encuentra el concepto de atención inicial de urgencias, tal y como se logra verificar del parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 que dispone expresamente:

“Parágrafo. Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato”.

De esta manera, es claro que estamos frente a tres definiciones similares, pero diferentes, esto es, urgencia, atención de urgencias, y atención inicial de urgencias; conceptos que en todo caso ya se encuentran en el Decreto 780 de 2016, así como en el Decreto 866 de 2017, en los siguientes términos:

“Artículo 2.5.3.2.3 Definiciones. Para los efectos del presente Título, adoptense las siguientes definiciones:

***1. Urgencia.** Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*

***2. Atención inicial de urgencia.** Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.*

***3. Atención de urgencias.** Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias”.*

Así las cosas, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1438 de 2011 establece que procede el reconocimiento económico de los gastos que el afiliado haya incurrido por **atención de urgencias** en caso de ser atendido por una I.P.S. que no tenga contrato con la E.P.S. cuando exista incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada.

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el conocimiento de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la MEDIMÁS E.P.S., pues se reitera lo que se busca con el presente

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-01216 -01

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

En el proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos: **i)** El 14 de junio de 2019, el demandante acudió a cita médica, en la que en virtud de su diagnóstico de *“dolor coxofemoral cadera derecha de unos 19 años de evolución asociado cojera progresiva por limitación de movilidad y acortamiento progresiva”*, se le informó que era candidato para remplazo total de cadera, lo que aceptó en calidad de paciente, y se emitió la correspondiente autorización (archivo 1); **ii)** La cita para el procedimiento se estableció para el 02 de septiembre de 2019, y se reprogramó para el 18 de noviembre de 2019 (archivo 1); **iii)** El 29 de septiembre de 2019, el demandante acudió a urgencias por un fuerte dolor de cadera (archivo 1); **iv)** El 04 de diciembre de 2019, el actor acudió ante el galeno Iván Darío Donado Arce, quien autorizó el procedimiento de remplazo total de cadera derecha, la que se llevó a cabo el 25 de diciembre de 2019 y tuvo un coste de \$15'600.000 (archivo 1).

Sentado lo anterior, sea lo primero advertir que **MEDIMÁS E.P.S.**, actualmente se encuentra en proceso liquidatorio, por lo

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

que es dable a través de esta acción, el reconocimiento y pago de la prestación económica objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario, este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado, o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo, circunstancia que en todo caso deberá realizarse de conformidad con el proceso aludido, tal y como dispuso el A Quo al emitir el fallo respectivo.

Del mismo modo, encuentra la Sala del acervo probatorio documental narrado en precedencia, que el accionante tiene un diagnóstico de *“dolor coxofemoral cadera derecha de unos 19 años de evolución asociado cojera progresiva por limitación de movilidad y acortamiento progresiva”*, y que, por lo mismo, su médico tratante advirtió la necesidad de efectuar el procedimiento denominado remplazo total de cadera, la que en principio sería llevada a cabo el 02 de septiembre de 2019, pero que se acredita fue reprogramada para el 18 de noviembre de 2019, tiempo en el que incluso, el demandante ingresó por urgencias el 29 de septiembre de 2019, ante el dolor que tal patología le generaba.

Es así, como se observa que el 04 de diciembre de 2019, el actor acudió ante médico particular, Iván Darío Donado Arce, quien autorizó el procedimiento de reemplazo total de cadera derecha, la que se llevó a cabo el 25 de diciembre de 2019.

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como la sentencia T-760 de 2008, estableció que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se “*requiere*”, pero no así cuando el servicio es “*útil*” y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

De esta manera, es claro que el proceder del médico tratante de la E.P.S., así como el galeno Iván Darío Donado Arce, fue el de determinar que el accionante requería el procedimiento de reemplazo total de cadera derecha, determinación que claramente buscaba preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de la sintomatología que presentaba, por lo que para ello dispuso del uso de tecnologías en salud para su atención; de modo que, en este punto ya estamos frente a una atención de urgencias, pues aquí la I.P.S. comenzó a desplegar

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

todo un conjunto de acciones que fueron realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por su situación de salud.

Así las cosas, los tratamientos que recibió el demandante debieron no sólo efectuarse de forma integral sino que también se tenían que brindar sin ningún tipo de obstáculos, pues la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar ni imponer su carga o solución al afiliado, cuando es la entidad la que tiene el deber de aseguramiento (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que MEDIMÁS E.P.S., había remitido autorización para el procedimiento, no obstante, no efectuó ningún tipo de actuación para asumir el aseguramiento del demandante, y prestar los servicios que requería, pues no acreditó de ninguna manera la intención de prestar el mismo.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene que en concepto técnico emitido el día 12 de marzo de 2022 por la galena Alejandra Rojas Rojas, se señaló lo siguiente (archivo 5):

“En este caso se debe tener presente que el hecho de expedir una autorización no exime a la EPS de la responsabilidad de garantizar la realización efectiva de la tecnología que se autoriza a través de Red de prestadores. El no garantizar la realización efectiva del procedimiento autorizado en el prestador en el cual fue autorizado demuestra que Medimás EPS no garantizó accesibilidad, oportunidad, continuidad, ni integralidad en la atención en salud requerida por el señor Jhon Cossio Arroyo; se hace énfasis que es a la EPS a la cual estaba afiliado el paciente, no el prestador, por ende, la EPS era la que tenía la obligación de garantizar calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud a través de su red de prestadores y no a los prestadores; ya que es la EPS la que asume

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

el riesgo transferido por el usuario al momento de la afiliación. Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene que en concepto técnico emitido por la galena Alejandra Rojas Rojas se señaló que “En este caso se debe tener presente que el hecho de expedir una autorización no exime a la EPS de la responsabilidad de garantizar la realización efectiva de la tecnología que se autoriza a través de Red de prestadores. El no garantizar la realización efectiva del procedimiento autorizado en el prestador en el cual fue autorizado demuestra que Medimás EPS no garantizó accesibilidad, oportunidad, continuidad, ni integralidad en la atención en salud requerida por el señor Jhon Cossio Arroyo; se hace énfasis que es a la EPS a la cual estaba afiliado el paciente, no el prestador, por ende, la EPS era la que tenía la obligación de garantizar calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud a través de su red de prestadores y no a los prestadores; ya que es la EPS la que asume el riesgo transferido por el usuario al momento de la afiliación. En ese este caso se observa claramente que hubo fallas en la accesibilidad, integralidad, oportunidad y continuidad en la atención recuerda por el señor Jhon Jairo Cossio Arroyo por parte de Medimás EPS, ya que no garantizó la realización efectiva del procedimiento denominado Reemplazo tota de cadera derecha, dilatando la realización efectiva del tratamiento quirúrgico y Medimás EPS no tuvo en cuenta que el paciente ya llevaba 19 años de evolución de su cuadro clínico por lo que requería que tratamiento se realizara tan pronto lo ordenó el doctor Ricardo Aníbal Silva Martínez el 14 de junio de 2019 y como esto no sucedió el señor Jhon Jairo Cossio se vio obligado a asumir el costo del tratamiento quirúrgico ya mencionado” (archivo 5).

En tal sentido, no se comparte el criterio del impugnante, puesto que ante el padecimiento que tenía el demandante, era necesario que se brindara el servicio de salud, que asumiera su obligación de aseguramiento para salvaguardar la vida y salud de ésta, de la manera más rápida y oportuna.

Así las cosas, considera la Sala de un análisis integral de las pruebas allegadas a juicio que le asiste razón al A Quo, pues de este se logra establecer que la accionada no tomó las medidas necesarias para salvaguardar la salud del accionante ante la atención de urgencias que presentó.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Demandante: JHON JAIRO CASSIO ARROYO.

Demandado: MEDIMÁS E.P.S.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CAROLINA CHÁVEZ ORTÍZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “ineficacia, invalidez, nulidad, e ilegalidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., así como su posterior traslado a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. traslade a COLPENSIONES todos los ahorros o aportes pensionales, rendimientos, y gastos de administración; y que COLPENSIONES, reciba a la demandante y que se acrediten sus aportes en la historia laboral con sus respectivos rendimientos en el tiempo cotizado a los fondos privados.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (archivo 10), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 11), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 12), de igual manera se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las 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.

2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 10), quien se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, y la innominada o genérica (archivo 19).

Frente al llamamiento en garantía propuso las excepciones de improcedencia del llamamiento en garantía; inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información; improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018; e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 12 de noviembre de 2021, declarando la ineficacia del traslado de la demandante efectuado a través de PORVENIR S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; y, que la afiliación válida es la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. Consecuencialmente, condenó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado; a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la actora por motivo gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades; a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Señaló que el Decreto 663 de 1993 es una norma dirigida contra entidades vigiladas por la entonces Superintendencia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bancaria, por lo que, si bien las administradoras de pensiones tenían un deber de información sobre el R.A.I.S., también lo es que no surgía obligación de indicar nada sobre el régimen de prima media, y ninguna entidad bancaria hacía comparativos sobre las tasas de intereses con otras entidades financieras; que la afiliación únicamente exige que esta sea libre y voluntaria, no el suministro de información en los términos expuestos por la A Quo, pues para el año de traslado tal exigencia no existía, por demás que no existió coacción; que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no consagra que la consecuencia ante la falta de información sea la ineficacia, es una norma netamente sancionatoria, aunado a que únicamente pueden ser impuestas dichas sanciones por el Ministerio de Salud y de Trabajo; que sólo con el Decreto 2555 de 2010 se inició con la obligación del deber de información, de manera que se están dando efectos retroactivos a situaciones que no estaban vigentes para la época del traslado; que el formulario de afiliación da cuenta de la voluntad de traslado de la actora; que hay un abuso de la figura de la ineficacia, pues se busca pensionarse en el régimen que más le convenga al afiliado; que la actora es contadora y con base en sus conocimientos, pudo establecer la diferencia entre regímenes pensionales, y solo pasados 25 años, viene y señala sus inconformidades, cuando nunca se acercó a la administradora, lo que por demás configura actos de relacionamiento; que no es dable devolver dineros de garantía mínima, gastos de administración, comisiones y lo pagado por suma previsionales, dado que se retrotraen las cosas, pero en beneficio de la demandante únicamente, pues de ser equitativo no habría lugar a rendimientos, o con la rentabilidad de sus aportes que le hubiera generado en COLPENSIONES, además que estos rubros se descontaron por ley, se desconoce la gestión de la administradora, la demandante ha tenido cobertura en invalidez y muerte, y dichos rubros no financian la pensión del demandante; que no hay lugar a indexación, dado que las sumas se trasladarán debidamente actualizadas; y que frente a los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

rubros aludidos opera prescripción, pues son obligaciones de tracto sucesivo y son sumas que no financian la pensión.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Expuso que la actora firmó formulario de afiliación, documento que era el único que se exigía para un traslado de régimen; que no es el mismo deber de información el del momento del traslado de la actora, al que se exige actualmente; que lo único que se exigía era que la voluntad debía quedar plasmada por escrito y en un formulario de afiliación; que no se evidencia ningún tipo de coacción para que haya lugar a la ineficacia de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por el contrario la actora confesó que tuvo información del R.A.I.S., y que conocía características del régimen de prima media; que para el año 1997 no se tenía ni siquiera certeza que el derecho pensional se iba a consolidar, por lo que, una proyección sería insuficiente, y no arrojaría el valor de la mesada pensional; que no es dable condenar a rendimientos y gastos de administración, puesto que de declararse ineficacia, se entendería como si estos no hubieran nacido a la vida; y que debe ser condenada la llamada en garantía, pues es ésta, quien debe devolver los valores que recibió por concepto de prima de seguros previsionales, y que lo hizo con ocasión al traslado que declaró ineficaz.

COLPENSIONES.

Adujo que la carga de la prueba incumbe a la parte actora, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., pues es a ésta quien le corresponde acreditar los vicios del consentimiento; y que es imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado de la actora, máxime cuando han transcurrido más de 25 años desde la migración pensional y no era obligatorio dejar un registro documental del traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si se encuentra a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el pago de los gastos de administración y primas por seguros previsionales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

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

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

e) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad**. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

Y en posterior decisión se refirió a los actos de relacionamiento, de la siguiente manera: (Sentencia SL6588-2021):

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la misma Corporación indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de noviembre de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 44 de 48 del archivo 1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 29 de agosto de 1997 (fl.38 del archivo 12); **iii)** Se trasladó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 15 de mayo de 2008 (fl.17 del archivo 10); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 16 de octubre de 2019, ante COLPENSIONES, y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, respectivamente, empero, se profirió respuesta negativa (fls. 29 a 35 del archivo 1).

A folio 38 del archivo 12, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de agosto de 1997 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, y de sus manifestaciones la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta.

De igual manera, no observa la Sala que la accionante tuviera el conocimiento suficiente para deducir el funcionamiento del R.A.I.S. con base en la información que le suministró PORVENIR S.A., pues lo cierto es que al momento de la afiliación no le fue informado ni siquiera que sus aportes generarían rendimientos, así como tampoco fue informada acerca de características propias del R.A.I.S., tales como, devolución de aportes, derecho de retracto, pensión garantía mínima, y que pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento; explicando, claramente que sólo a través de su abogada y por su conocimientos contables dedujo la posible mesada pensional que le correspondería, y que sería más favorable la de COLPENSIONES.

De igual manera, no se observa que conociera características del R.A.I.S. como parece entenderlo la apoderada de PORVENIR S.A., pues la demandante fue clara en informar que sabía que debía cumplir una edad, pero dijo desconocer si había algún tipo de requisito adicional.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, premisa que ni siquiera es equiparable al deber de las entidades bancarias como lo señala la apoderada de PORVENIR S.A., pues claramente aquí no se está frente a un negocio meramente comercial, está en vilo la posibilidad de acceder de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

un afiliado a un derecho pensional, lo que está ligado a derechos de rango constitucional, como lo es, los derechos fundamentales a un mínimo vital y la seguridad social.

En esas condiciones, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CHÁVEZ ORTÍZ en el traslado que ésta realizó el 29 de agosto de 1997, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará en tal sentido la sentencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual al ser incluidos en la sentencia que dicho fondo debía restituir los **aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**, se confirmará tal condena; misma suerte correrá la **indexación**, pues recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

encontraban con antelación, sanción que por demás debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se confirmará la condena impuesta a PORVENIR S.A., pues a ésta le corresponderá deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** mismas condenas que impuso la A Quo.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto al **llamamiento en garantía** hecho por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., objeto de recurso por parte de esta administradora, por el cual busca la mentada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

A.F.P., se condene a la aseguradora a pagar la condena impuesta frente a la devolución de los gastos de administración, ya que Mapfre recibió una prima pagada por dicha A.F.P., se considera que si bien a folios 81 a 92 del archivo 10 obran las pólizas Nos. 92014070000002 y 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, que no es dable acudir a tales pólizas, pues aún no ha acaecido ningún tipo de riesgo. En efecto, el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece:

“Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”

Lo trasunto implica que, las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente litis.

Adicionalmente, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, por lo que se comparte la decisión proferida por la A Quo en tal sentido.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS. No se imponen a COLPENSIONES por resultar un tercero ajeno al acto de traslado de la demandante.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2020-00347 -01.

Demandante: **CAROLINA CHÁVEZ ORTIZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, respectivamente.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carolina Chávez Ortiz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**021-2020-00347-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c178dc773f3d6a57632c189fc170daf703062325d0a0de8d0add66232cc3358a**

Documento generado en 27/09/2022 12:51:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>