

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2014-00249 -01

Demandante: **JUAN DIEGO GARCÍA.**

Demandado: **POLLOS PLG S.A.S. Y C.T.A. SERVINTEGRAL**

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 estudiar en grado jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN DIEGO GARCÍA** promovió contra **C.T.A. SERVINTEGRAL**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de enero de 2005 al 12 de diciembre de 2013; que los demandados deben responder en solidaridad; y que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, pensión, salud, A.R.L., parafiscales, cuatro horas extra diarias, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por

no consignación de las cesantías, subsidio de vivienda familiar, perjuicios morales, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Ingresó a laborar como Operario de Granjas Servicios Varios, a POLLOS PLG S.A.S. a través de la C.T.A. SERVINTEGRAL el 15 de enero de 2005; **2)** Su afiliación a SERVINTEGRAL era requisito para ingresar a laborar a POLLOS PLG S.A.S.; **3)** Los implementos y bienes (granjas, herramientas, equipos industriales, galpones, carros) eran propiedad de POLLOS PLG S.A.S.; **4)** Los demandados le impartían órdenes; **5)** Su último salario fue \$780.000; **6)** Laboraba de 7:00 A.M. a 7:00 P.M. de lunes a sábado, aunque en ocasiones laboraba más tiempo, incluso los domingos; **7)** Sus funciones eran las de levantamiento de pollos, atender las necesidades que se presentaran en galpones, y mantenimiento de granjas avícolas; **8)** Fue despedido sin justa causa el 12 de diciembre de 2013; y **10)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

POLLOS PLG S.A.S. (fls. 58 a 69 del archivo 2014 249 acumulado con sentencia), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, cosa juzgada, buena fe, situación legal de POLLOS PLG S.A.S. EN LIQUIDACIÓN –improcedencia del cobro en los términos y etapas actuales, pago, e indebido ejercicio de los derechos por parte del actor.

Aceptó que las labores que desarrollaba el accionante eran direccionadas por la C.T.A., en marco de una relación contractual existente entre ellos. No aceptó los demás hechos.

Indicó que no suscribió ningún tipo de contrato con el actor; que no existió contrato de trabajo entre el actor y la cooperativa;

que la Superintendencia de Sociedad se pronunció de forma definitiva sobre las obligaciones a su cargo; y que el actor no impetró demanda dentro del término del proceso liquidatorio, para establecer que se está frente a un crédito litigioso.

2.1 DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA.

Mediante auto del 06 de abril de 2016 se aceptó el desistimiento de la demanda presentada contra C.T.A. SERVINTEGRAL (fls.150 y 151 del archivo 2014 249 Acumulado con sentencia).

2.2 ACUMULACIÓN DE PROCESOS.

En audiencia del 09 de marzo de 2022 se dispuso la acumulación del proceso con 110013105017201400208-00, de JORGE ERNESTO ZAMBRANO PRIETO contra los mismos demandados, por tener los mismos hechos y pretensiones; no obstante, el señor JORGE ERNESTO ZAMBRANO PRIETO solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 07 de septiembre de 2006 al 09 de junio de 2013 y señala que su salario era la suma de \$738.600.

Así mismo, la contestación de POLLOS PLG S.A.S. fue en los mismos términos que en el proceso elevado por JUAN DIEGO GARCÍA. (fls. 199 a 210 del archivo 2014-208-1); y se desistió de la demanda elevada contra C.T.A. SERVINTEGRAL (fls.284 y 285 del archivo 2014-208-1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 09 de marzo de 2022, mediante la cual dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió el A Quo que en cada uno de los expedientes de los demandantes se constata que únicamente obra el auto de apertura de liquidación de POLLO PLG S.A.S., por parte de la Superintendencia de Sociedades, documento que es insuficiente para establecer si el verdadero empleador de los accionantes es POLLO PLG S.A.S.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

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 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las pretensiones de los demandantes.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si tal como se afirma en la demanda, entre los demandantes y POLLOS PLG S.A.S existió un contrato de trabajo y se adeudan las acreencias deprecadas.

Del contrato de trabajo.

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; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado 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; en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017, dijo:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <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”.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenia a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

VI. Del caso en concreto.

Se encuentra acreditado o no existe controversia dentro del proceso que la Superintendencia de Sociedades el 18 de julio de 2013, dictó auto de apertura de liquidación judicial de la sociedad POLLOS PLG S.A.S., se resolvieron objeciones, reconocimiento de créditos, derecho de voto, y aprobó inventario valorado de bienes (fls.220 a 269 del archivo 2014-208-1, y 79 a 128 del archivo 2014 249 Acumulado con sentencia).

Sentadas las anteriores premisas, evaluado el exiguo material probatorio, debe concluirse que los demandantes no acreditaron el elemento de la prestación personal del servicio, pues aunado a que no es posible verificarla con otros medios de prueba, dado que al juicio no comparecieron los testigos decretados, lo cierto es que la documental resulta insuficiente

para determinar que los demandantes laboraron al servicio de la demandada.

En efecto, en el plenario únicamente obra el auto de apertura de liquidación judicial de POLLOS PLG S.A.S., así como el que resolvió objeciones, reconocimiento de créditos, derecho de voto, y aprobó inventario valorado de bienes, dictados por la Superintendencia de Sociedades el 18 de julio de 2013 (fls.220 a 269 del archivo 2014-208-1, y 79 a 128 del archivo 2014 249 Acumulado con sentencia); documental que no hace alusión a los servicios de JUAN DIEGO GARCÍA y JORGE ERNESTO ZAMBRANO PRIETO, pues en aquella únicamente se avizora la solicitud de créditos presentados por el apoderado Armando Alfonso Rangel Arenas, en la que se incluye los de los aquí demandantes.

En consecuencia, y ante la insuficiencia probatoria, la Sala acompaña la decisión del A Quo, pues no está probado el elemento fundamental de la prestación personal del servicio de aquellos a favor del demandado, no siendo necesario, por sustracción de materia, adentrarse en el conocimiento de las demás pretensiones, tales como prestaciones sociales, vacaciones, salarios, indemnizaciones, trabajo suplementario u horas extras, pues estas pretensiones pendían de la declaratoria de la relación laboral.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2014-00249 -01

Demandante: **JUAN DIEGO GARCÍA.**

Demandado: **POLLOS PLG S.A.S. Y C.T.A. SERVINTEGRAL**

**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

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **WILLIAM MANUEL GARCÍA VANOY** promovió contra **CICSA COLOMBIA S.A., TELMEX COLOMBIA S.A., CARSOLCOM S.A.S., e I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor aspira a la declaratoria de un contrato de trabajo del 01 de junio de 2008 al 16 de junio de 2011 con I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. y CARSOLCOM S.A.S.; y las sociedades TELMEX COLOMBIA S.A., y CICSA COLOMBIA S.A., son solidariamente responsables de las condenas que se impongan, como beneficiarias de los servicios que prestó. Como

consecuencia de lo anterior, pretende todas las prestaciones sociales, vacaciones, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** El 01 de junio de 2008 ingresó a laborar al servicio de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA., para desempeñar el cargo de Supervisor con una remuneración de \$3'500.000; **2)** Llevó a cabo los servicios de instalaciones de cables, redes en fibra óptica, cableado estructurado, redes para telefonía, internet y similares, conforme a los contratos suscritos entre su contratante y CICSA COLOMBIA S.A.; **3)** Sólo le pagaron las siguientes sumas de dinero: \$3'170.000 el 02 de octubre de 2010, \$1'000.000 el 19 de octubre de 2010, \$3'637.560 el 26 de octubre de 2010, \$3'430.000 el 06 de noviembre de 2010, \$1'133.190 el 01 de diciembre de 2010, y \$3'430.000 el 21 de diciembre de 2010; **4)** Nunca le pagaron las acreencias laborales que pretende y asumió por su cuenta la seguridad social; **5)** En noviembre de 2010, CARSOLCOM S.A.S. se asoció con su contratante, para seguir subcontratando con CICSA COLOMBIA S.A.; **6)** Tenía que rendir informes a ambas sociedades; **7)** El 01 de marzo de 2011 se presentó entre I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. sustitución patronal con CARSOLCOM S.A.S.; **8)** El 19 de junio de 2011 presentó renuncia; y **9)** El 13 de junio de 2014 presentó reclamación ante cada una de las demandadas por las acreencias que le adeudan.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CARSOLCOM S.A.S. (fls. 400 a 407 del archivo 1), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción la de prescripción.

Negó todos los hechos de la demanda. Adujo que no sostuvo ningún tipo de relación laboral con el demandante; que no es sustituta patronal de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA., pues nunca tuvo vínculo contractual con esta; y que tuvo un contrato de operación comercial con TELMEX COLOMBIA S.A., empero, a partir del 01 de febrero de 2011.

TELMEX COLOMBIA S.A. (fls. 457 a 468 del archivo 1), se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de solidaridad, falta de causa material, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, pago, prescripción, y buena fe.

No aceptó ningún hecho. Expuso que no fue beneficiaria directa ni indirecta de los servicios prestados que hubiere podido prestar el actor a favor de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. y CARSOLCOM S.A.S.; y que no firmó ningún tipo de contrato con las sociedades mencionadas.

I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. (fls. 705 a 708 del archivo 1), contestó a través de Curador Ad Litem, quien manifestó que no le constaban los hechos y que se atenía a lo que resultara probado.

Y **CICSA COLOMBIA S.A.**, (fls. 119 a 133 del archivo 1), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

Negó todos los hechos de la demanda. Indicó que en los archivos de la empresa no obra ningún tipo de documental que dé cuenta la celebración de un contrato comercial con I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. durante el periodo en que el actor afirma haber sido vinculado laboralmente por la sociedad I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA., por demás que los demás contratos comerciales fueron desarrollados por esta, de manera autónoma e independiente.

Dicha sociedad, a su vez, **llamó en garantía** a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y a SEGUROS DEL ESTADO S.A. (fl.128 del archivo 1).

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (fls. 723 a 736 del archivo 1), se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito - frente al llamamiento en garantía- las de sujeción de la cobertura a los términos y condiciones de la póliza de cumplimiento n° 0589530/0, y sujeción de la cobertura a los términos y condiciones de la póliza de cumplimiento n° 0623859/0 y 563457/8 cuyo afianzado es CARSOLCOM S.A.S., y frente a la demanda las que denominó prescripción de la acción, e inexistencia de la solidaridad entre I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. y CARSOLCOM S.A.S.

No aceptó ningún hecho. Dijo que los periodos amparados por sus pólizas son distintos a los requeridos en la demanda para lograr el pago de prestaciones sociales y vacaciones; que no está acreditado la condición de trabajador del actor respecto de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. y de CARSOLCOM S.A.S., para que proceda el amparo de las pólizas; y que no está acreditado que CICSA COLOMBIA S.A. fuera beneficiario de los servicios que pudo haber prestado el accionante a favor de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. y CARSOLCOM S.A.S.

Por su parte, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 795 a 811), se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía las que denominó caducidad del llamamiento en garantía por caducidad del término legal y judicial para la vinculación de Seguros del Estado S.A.; imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular n° 21-45-101016461, toda vez que las acreencias pretendidas por el demandante están por fuera del periodo en el que se ejecutó el contrato garantizado; ausencia de cobertura de la póliza de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2015-00468 -02
Demandante: WILLIAM MANUEL GARCÍA VANOY.
Demandado: CICSA COLOMBIA S.A. Y OTROS.

cumplimiento particular n° 21-45-101016461 por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma; la prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguros; imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular incumplimiento de las obligaciones a cargo de un tercero ajeno al contrato de seguro; prescripción de los derechos laborales; ausencia de responsabilidad de CICSA COLOMBIA S.A. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad; cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular; imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones; imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; compensación; límite de la responsabilidad; y la genérica.

Igualmente, propuso como excepción de mérito frente a la demanda la que denominó imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales.

No aceptó ningún hecho. Dijo que el periodo amparado por la pólizas es distinto al que se pretende en la demanda para lograr el pago de prestaciones sociales y vacaciones; que no está acreditado que CICSA COLOMBIA S.A. fuera beneficiario de los servicios que pudo haber prestado el accionante a favor de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. y CARSOLCOM S.A.S.; que al no lograrse su notificación dentro del término de 90 días, operó la caducidad de la acción en su contra; que al conocerse la reclamación del actor el 13 de junio de 2014, operó la prescripción de que trata el artículo 1081 del C.Co, norma que establece que dicho fenómeno es de dos años y cuenta desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base de la acción; que los servicios que hubiere podido prestar el actor CARSOLCOM S.A.S. y TELMEX COLOMBIA S.A. no son objeto de cobertura; que la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2015-00468 -02
Demandante: WILLIAM MANUEL GARCÍA VANOY.
Demandado: CICSA COLOMBIA S.A. Y OTROS.

póliza no cubre vacaciones ni sanciones moratorias; y que sólo está obligada a responder hasta el límite de la suma asegurada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 24 de enero de 2022, mediante la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió la A Quo que si bien está acreditado que el demandante desplegó funciones como Supervisor a nombre de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA., no puede predicarse sustitución de empleadores con CARSOLCOM S.A., pues no se evidencia continuidad en los servicios de la primera de ellas, así como tampoco que el demandante hubiese seguido trabajando con la segunda -CARSOLCOM LTDA-., por demás que, entre ellas lo que existió únicamente fue una relación contractual; que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, pues el demandante era el Gerente y el líder de la operación de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA., además su vínculo con esta fue en calidad de socio, aportando trabajo; y que aunado a lo anterior, no se demostró el salario que percibió el demandante durante la relación laboral, pues estos no fueron constantes, se pagaban esporádicamente, y se pagaban como contraprestación de servicios que prestó a través de su persona jurídica.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **PARTE ACTORA** fundamentó su apelación en que se encuentra acreditado que el señor García Vanoy recibió seis o siete pagos de nómina; que en las cuentas bancarias se lee los depósitos realizados por la sociedad I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA. como pago de nómina individual; que existía una prestación personal del servicio del demandante, y si

bien no se encuentra que a este fueran realizados pagos de salarios, es precisamente por esta razón, por la que se requiere su pago; y que deben responder en solidaridad TELMEX COLOMBIA S.A. y CICSA COLOMBIA S.A., por las prestaciones insolutas que se debieron pagar al actor.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022 se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por CICSA COLOMBIA S.A. y TELMEX COLOMBIA 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.

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 entre el demandante e I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES LTDA., existió un contrato de trabajo; y de ser el caso si es dable predicar la solidaridad con CICSA COLOMBIA S.A. y TELMEX COLOMBIA S.A., así como reconocer las acreencias laborales pretendidas.

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato de trabajo.

En materia laboral, el principio de la primacía 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 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, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es

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”.

menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, 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

No son objeto de controversia en la instancia los siguientes hechos: **i)** La aceptación de CICSA COLOMBIA S.A. de la oferta mercantil presentada por I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA. el 29 de agosto de 2008, 08 de febrero, 08 de marzo, 15 de junio de 2011 con el fin de efectuar la realización de obras de instalación y empalmería de fibra óptica, levantamiento de mapping, digitalización de mapping, diseño de redes HFC, dibujo del diseño, construcción, mantenimiento e instalación de redes HFC y control de materiales (fl.135 a 248 del archivo 1); **ii)** La terminación por parte de CICSA COLOMBIA S.A. de las operaciones desplegadas por I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA. el 13 de junio de 2009 (fl.134

del archivo 1); **iii)** La celebración de diversas pólizas de seguro por parte de CICSA COLOMBIA S.A. con SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO (fls. 249 a 257, 737 a 745 y 812 a 816 del archivo 1); **iv)** La presentación de una oferta mercantil por parte de CARSOLCOM S.A.S. a TELMEX COLOMBIA S.A. el 01 de febrero de 2011 para efectuar la comercialización, venta, ofrecimiento y en general la realización de todas las actividades necesarias para promover la contratación de servicios que presta y comercializa TELMEX COLOMBIA S.A. (documento denominado oferta de Telmex obrante en la carpeta CD. FOLIO 353); y **v)** La presentación de la reclamación por parte del actor ante cada una de las demandadas para lograr el reconocimiento de sus acreencias laborales el 13 de junio de 2012 (fls. 58 a 70 del archivo 1).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 17 a 70, 134 a 356, 412 a 456, 737 a 745, 812 a 816 del archivo 1, y carpeta CD.FOLIO 353, al proceso comparecieron, en calidad de testigos, los señores **David Alfredo González Hurtado y Willy Brand Cortázar Jaimes**, quienes manifestaron:

David Alfredo González dijo que conoció al actor en 2006 cuando trabajaron como contratistas de TELMEX; que adelantó un proceso judicial con las mismas pretensiones del actor, siendo su resultado absolutorio; que por su desempeño en la empresa donde estaba, llegó a trabajar con el actor en la empresa I.F.C.; que al actor lo presentaban como el Gerente Técnico, pero en algún momento fue Gerente General; que cuando se le terminó el contrato al actor con I.F.C., en el mismo lugar donde esta prestaba sus servicios, se estaban desarrollando las actividades de CARSOLCOM S.A.S., de modo que, cuando I.F.C. dejó de prestar sus servicios CARSOLCOM S.A.S. tomó toda la operación; que TELMEX tenía unos representantes para señalar las actividades que debían ejecutar; que el actor tenía reuniones con personal de TELMEX, con Mauricio Galindo, quien era el supervisor que se le tenía a CICSA COLOMBIA S.A.; que para la ejecución de proyectos, y también se veían con un señor “de

nombre Édison”, quienes daban las órdenes a ejecutar; que adicional a lo anterior, se tenía un cuadro de materiales que tenía proyectado TELMEX, de modo que todo el material que se usaba quedaba en la orden de trabajo y el que no, tocaba hacer su devolución; que con I.F.C. el actor estuvo hasta cuando desaparecieron, que fue como en el 2009-2010-2011, luego, estuvo como dos o tres meses con CARSOLCOM S.A.S., y salió, no hubo buena relación de trabajo; que el actor tenía una empresa independiente que prestaba el servicio de mantenimiento de software y hardware a I.F.C.; que para entrar a I.F.C. se abrían convocatorias, y quien hacía la entrevista era el actor, evaluaba el conocimiento técnico; que si había una mala prestación del servicio, habían sanciones o multas que se conciliaban; que tenían un trabajo asignado por parte de TELMEX; que I.F.C. y CARSOLCOM S.A.S. estaban en las mismas oficinas; que CARSOLCOM S.A.S. arrancó a contratar con gente nueva o distinta; que en una reunión CICSA le dijo a los representantes legales de I.F.C. que les adeudaban multas y, en consecuencia, que les retendrían plata, de modo que una vez verificadas las cuentas si sobraba dinero, les devolverían el valor correspondiente; que luego no volvió a saber de CICSA; que el actor era quien ejecutaba toda la parte operativa, era el líder del tema operativo; que en los dos o tres meses que el actor estuvo en CARSOLCOM S.A.S. vio que ejecutaba los proyectos en representación de ellos; que todos los equipos con los que ejecutaban su labor eran de TELMEX; que las órdenes que recibía el actor eran con base en la oferta mercantil de I.F.C.; que una de las órdenes era frente el cumplimiento que se debía tener a las órdenes asignadas, y otra, era el tiempo de respuesta en la ejecución de las acometidas; que las órdenes iban directamente para el actor, pues eran temas técnicos y operativos generalmente; que TELMEX hacía seguimientos, todo tiene un cronograma de ejecución, y debía hacerse en ese tiempo; y que no sabe si el actor tuvo un llamado de atención de parte de CICSA.

Por su parte, **Willy Brand Cortázar Jaimes**, adujo que trabajó en la parte administrativa de I.F.C.; que conoció al actor cuando trabajaron para TELMEX, a través de CICSA; que cuando entró el actor ya estaba ahí; que trabajó hasta el 2011 y el actor salió dos o tres meses antes que él; que empezó su labor en octubre del 2009; que el actor era el Gerente de Operaciones, pero desempeñó otros cargos dentro de la parte gerencial, estuvo de Gerente General, y también manejó la parte financiera; que el actor tenía una empresa G.I.R., que también le prestaba algunos servicios a I.F.C.; que nunca vio desprendibles de pago al actor, pero veía los formatos de nómina y él aparecía; que allá les pagaban mensualmente a todos; que TELMEX avalaba el personal que ingresaba a I.F.C.; que los materiales que usaban eran de TELMEX, y era la parte operativa de CICSA quien entregaba esos materiales; que el actor era el encargado de mirar que todo se hiciera como se debía; que el actor se reunía con TELMEX y CICSA para verificar la operación, para revisar y saber cómo actuar, porque todo se hacía con los parámetros que daba TELMEX; que cuando el actor salió ya no eran I.F.C. sino CARSOLCOM S.A.S.; que a ellos como empleados les dijeron que habría una fusión de la empresa, y a principios de agosto de 2011, CARSOLCOM S.A.S. asumió la operación; que todos pasaron de I.F.C.-CICSA, a CARSOLCOM S.A.S.; que tiene entendido que era un tema como de suministro de papelería, lo que brindaba la empresa del actor a I.F.C.; que I.F.C. era contratista de CICSA, por lo tanto, esta le pagaba los trabajos que se realizaban para TELMEX a I.F.C. y era esta quien pagaba las nóminas a los empleados; que no tiene conocimiento si en algún momento el actor tuvo por parte de CICSA alguna sanción o llamado de atención; que siempre que arrancaban la operación, en la mañana, había un supervisor de CICSA, y uno de TELMEX en la bodega del contratista I.F.C.; que estos tenían la potestad de señalar si algún técnico no tenía su ropa de trabajo en debido estado, sucio, o roto, que no salían a trabajar; que el actor era el director de operación de I.F.C.; y que TELMEX y CICSA eran quien daban todas las directrices de cómo hacer la operación, por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2015-00468 -02
Demandante: WILLIAM MANUEL GARCÍA VANOY.
Demandado: CICSA COLOMBIA S.A. Y OTROS.

demás que las chaquetas y todo lo que los distinguía era de TELMEX.

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, considera la Sala, que la prueba documental es insuficiente para establecer el elemento de la prestación del servicio, pues no da cuenta de que el demandante hubiese desplegado algún tipo de servicio o actividad a favor de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA., pues las certificaciones bancarias obrantes a folios 54 y 55 del archivo 1, no dan cuenta de quién consignaba tal dinero ni por cuál concepto; el carnet de folio 57 del archivo 1 tampoco establece el tipo de servicio que el actor prestaba, el tiempo, ni a favor de qué empleador; y los demás documentos, se tratan especialmente de las ofertas mercantiles celebradas entre las demandadas, con los que no se logra determinar la injerencia del actor.

En cuanto a la prueba testimonial, lo primero por advertir es que los declarantes fueron tachados por cuanto habían presentado una demanda con similares pretensiones a las que hoy convocan la atención de la Sala, circunstancia que fue aceptada por estos al momento de rendir su correspondiente declaración; por manera que, teniendo en consideración tal situación, se procedió a efectuar su estudio de manera rigurosa, y en todo caso, acudiendo al estándar probatorio que rige en materia laboral, esto es, el principio de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del C.P.T. y de la S.S).

Advertido lo anterior, debe señalarse que el análisis de dicha prueba, a juicio de la Sala no brinda luces para la acreditación de los hechos de la demanda, por cuanto los testigos no resultan lo suficientemente claros, coherentes y convincentes en sus dichos, para, de ellos derivar la existencia de un contrato de trabajo con quienes fueron llamados como empleadores al proceso, esto es, I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA. y CARSOLOCOM S.A.S; recuérdese que CICSA COLOMBIA S.A. y TELMEX COLOMBIA S.A. únicamente se

llamaron en solidaridad por su condición de beneficiarios de los servicios desplegados por el actor.

En efecto, en relación con el testimonio de David Alfredo González Hurtado, se encuentra que este no resulta claro a efectos de determinar la relación laboral pretendida en la demanda, la que se reitera fue dirigida contra I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA. y CARSOLCOM S.A.S. como empleadores principales del actor; como quiera que en su declaración hace alusión a una relación laboral que inició en el año 2006, cuando la prestación del servicio del actor según la demanda lo fue en 2008; desconoce en qué momento la relación del actor finiquitó con I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA., pues se aduce con evidente dubitación que lo fue en “2009-2010-2011”; refirió que las órdenes provenían de CICSA COLOMBIA S.A., y TELMEX COLOMBIA S.A., quienes únicamente fueron llamados en solidaridad y como beneficiarios de la labor que presuntamente desarrollaba al actor para I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA. y CARSOLCOM S.A.S.; y menciona que el actor tenía una empresa independiente, empero no distingue si los servicios que prestaba eran a nombre propio, esto es, como persona natural, o por el contrario, eran a nombre de tal persona jurídica y por el contrario parece en algunos apartes de su declaración mezclar la prestación de ambos servicios en uno.

Por su parte, el testigo Willy Brand Cortázar Jaimes adujo que el actor trabajaba para TELMEX COLOMBIA S.A., a través de CICSA COLOMBIA S.A.; hizo alusión a que el actor hacía parte de la nómina, pues él vio –el testigo- que aparecía en los respectivos desprendibles de pago de la empresa, y que estos se pagaban mensualmente a todos los trabajadores, no obstante, y según el mismo dicho del demandante en los hechos de la demanda únicamente le pagaron unas sumas de dinero en el año 2010; también afirmó que eran TELMEX COLOMBIA S.A. y CICSA COLOMBIA S.A., quienes daban todas las directrices de cómo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2015-00468 -02
Demandante: WILLIAM MANUEL GARCÍA VANOY.
Demandado: CICSA COLOMBIA S.A. Y OTROS.

hacer la operación, y que las chaquetas y todo lo que los distinguía como trabajadores era de TELMEX COLOMBIA S.A.

Conforme lo antes resaltado, para la Sala no está suficientemente acreditado si el actor prestara sus servicios para I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA., o si por el contrario, lo hizo a favor de quienes fueron llamados como responsables solidarios, TELMEX COLOMBIA S.A. y/o CICSA COLOMBIA S.A.; empresas de las que debe decirse si bien ejercían según el dicho de los aludidos testigos un direccionamiento sobre las funciones que debían ejecutar los trabajadores de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA., en principio no pasarían de ser actuaciones de coordinación propias que acontecen en contratos de prestación de servicios; recuérdese que en este tipo de contratos resulta dable, en desarrollo de tal actuación de coordinación, fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones sin que por ello se desborde la finalidad a punto de convertir la coordinación en subordinación, tal y como lo explicó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL13020-2017.

Del mismo modo, en sentencia SL2171-2019, en torno a que el contrato en comento no impide que el contratante imponga al contratista algunas pautas e instrucciones, le exija cumplir algunos horarios, incluso tramitar, recibir y entregar documentos, aún durante largos períodos, para la obtención del objeto contractual, la Sala señaló:

[...] en este tipo de contratos no está vedado que el contratante, en función de una adecuada coordinación, establezca algunas pautas para la prestación del servicio, siempre que no desborden su finalidad y, en dicha perspectiva, es perfectamente válido que se estableciera que se debían atender las consultas que llegaren a la institución, se posibilitara que la actividad independiente del profesional se extendiera a otros establecimientos de comercio en el país y se requiriera la entrega de documentación para obtener la habilitación del consultorio ante las autoridades correspondientes. Ahora, si bien la temporalidad es una característica de dichos contratos, nada impide que su duración se pacte de manera indefinida.

[...] **Además, se reitera, que en los convenios de prestación de servicios no está prohibida la fijación de horarios siempre que ello no desvirtúe su finalidad y que la entrega de información profesional también se acompasa con ese tipo de contratos.**

[...] Tales elementos, tampoco acreditan la existencia de una relación laboral y, por el contrario, están acordes con el plurimencionado convenio, en la medida en que dan cuenta de la obligación que tenía el demandante de colaborar con el cumplimiento de la reglamentación del sistema integral de seguridad social -subsistema de salud- para obtener la habilitación del servicio de oftalmología y optometría.

[...] Por otra parte, los escritos obrantes a folios 605 a 746 versan sobre comunicaciones que el centro médico envió a emisoras radiales o a canales de televisión, a través de las cuales informó el nombre de los médicos que asistirían para llevar a cabo los diferentes programas que emitía el accionado en dichos medios, según la agenda -días y horarios- de dichas transmisiones. (Negrillas por la Sala).

A más de lo que hasta aquí se ha concluido por la Sala, debe decirse que, en gracia de discusión y de tenerse por acreditada la prestación personal del servicio a favor de I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA., se arribaría a igual conclusión, esto es, que no está suficientemente acreditado el contrato de trabajo, pues de conformidad con el interrogatorio de parte rendido por el actor, se podría determinar que la condición de este en la empresa, era la de socio.

En efecto, en interrogatorio de parte el demandante señaló que fue llamado por I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA., pues este proyecto arrancó como una ayuda mutua entre compañeros egresados que estaban constituyendo una sociedad a la que fue invitado; que no tenía que entregar capital, pero sí su fuerza de trabajo; que no solicitó salarios durante el transcurso de su relación contractual porque al tener su empresa como independiente, no era tan esencial, pues entró únicamente para hacer parte de la fuerza laboral de la empresa; que fue invitado a hacer parte de la operación y el compromiso era que cuando la empresa estuviera posicionada, comenzaría a percibir salarios; y que incluso, fue codeudor para la toma de bodegas, tanto como persona natural, como con su

persona jurídica; declaraciones que cobran especial relevancia, si además se tiene en cuenta que la descripción que dan los testigos de las funciones del actor, están relacionadas con la dirección y el manejo de la empresa.

Así las cosas, la Sala encuentra que no están acreditados de forma convincente, contundente y concluyente los elementos del contrato de trabajo y, por ende pueda afirmarse que I.F.C. INGENIERÍA EN FIBRA ÓPTICA Y COAXILES I.F.C. LTDA. o CARSOLCOM S.A.S o ambos fueron empleadores del actor, empresas de las que debe decirse no se avizora que hubiesen ejercido poder subordinante sobre el actor, tal y como lo anotó la A Quo.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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 - 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2015-00468 -02
Demandante: WILLIAM MANUEL GARCÍA VANOY.
Demandado: CICSA COLOMBIA S.A. Y OTROS.

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 \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 I.C.B.F. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA INÉS GUZMÁN DE RODRÍGUEZ** promovió contra **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- I.C.B.F.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo desde el 15 de abril de 1998 hasta la fecha. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago del salario mínimo por cada anualidad que laboró, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, cálculo actuarial, y sanción moratoria.

Subsidiariamente solicita pensión sanción junto con los reajustes legales anuales a que hubiere lugar.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: **1)** Desempeñó el cargo de madre comunitaria a través de la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios- Patio Bonito Primer Sector, desde el 15 de abril de 1998; **2)** Solicitó pensión de vejez a Colpensiones, no obstante, fue negada mediante la Resolución GNR 69293 del 03 de marzo de 2016; **3)** Se le adeudan las acreencias laborales que pretende, las que reclamó ante el I.C.B.F., quien no ha emitido respuesta; **4)** Durante el tiempo que fue madre comunitaria le pagaron un rubro denominado beca, así como era objeto de subordinación por parte del I.C.B.F.; y **5)** Presentó nueva comunicación ante el I.C.B.F.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

El **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** (en adelante **I.C.B.F.**) se opuso a las pretensiones de la demanda, (fls. 120 a 138 del archivo 01), proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de causa para demandar al I.C.B.F.; falta de integración del litisconsorcio necesario de integración del contradictorio; cobro de lo no debido; inexistencia de contrato de trabajo entre las partes; inexistencia de subordinación, de parte del demandante a favor de la demandada; inexistencia del derecho para demandar y ausencia absoluta de los elementos sustanciales por la actora para incoar esta acción; inexistencia de la obligación; prescripción; falta de jurisdicción y competencia funcional; y la genérica.

Aceptó que la actora era madre comunitaria de la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios- Patio Bonito Primer Sector desde el 15 de abril de 1998. No aceptó los demás hechos.

En su defensa indicó que no ha tenido ningún vínculo con la demandante, ya que las madres comunitarias no son ni han

sido contratistas ni funcionarias del instituto; que la conexión de la actora con dicha institución únicamente es su participación como colaboradora en el programa de hogares comunitarios, figura cuyas particularidades, al desarrollarse bajo los principios de solidaridad y voluntariado, tiene proscrita la generación de una relación laboral; que el programa de hogares comunitarios se desarrolla a través de la comunidad a través de asociaciones de padres de familia o de otras organizaciones comunitarias que administran los correspondientes hogares comunitarios; y que los responsables de la afiliación voluntaria al sistema de seguridad social en seguridad social, en la actualidad, son los hogares comunitarios.

2.1. Integración litisconsorte necesario.

Mediante auto del 15 de febrero de 2018, el A quo integró a la litis en calidad de litisconsorte necesario a la **ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS- PATIO BONITO PRIMER SECTOR** (fl.591 del archivo 02), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, y buena fe (fls. 642 a 648 del archivo 02).

Aceptó que la demandante nació el 26 de junio de 1949, así como que es madre comunitaria del I.C.B.F. a través de la asociación desde el 15 de abril de 1998. No los demás hechos.

Dijo que en la sentencia CC-SU-079-2018, se determinó que no era posible establecer que entre el I.C.B.F. y las madres comunitarias hubiese una relación laboral y que a los hogares comunitarios no es dable exigirles obligaciones patronales.

En audiencia del 02 de mayo de 2019 se declaró por parte del A Quo la excepción previa de falta de competencia, remitiéndose el proceso a la jurisdicción de lo contencioso

administrativo (archivo 04), quien suscitó conflicto negativo de competencia, mediante providencia del 15 de noviembre de 2019 (fls. 660 a 665 del archivo 02), dirimido a través de proveído del 29 de enero de 2020, proferido por la Sala Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura quien **declaró competente al Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá** (fls. 11 a 37 del archivo 03).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 18 de mayo de 2021, mediante la cual dictó sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de abril de 1998 al 04 de mayo de 2017 entre la actora y el I.C.B.F., donde la Asociación de Padres Comunitarios Patio Bonito Primer Sector actuó como simple intermediaria.

En consecuencia, ordenó al I.C.B.F. realizar todos los trámites correspondientes ante Colpensiones con el fin de obtener el cálculo actuarial por el período del 15 de abril de 1998 al 04 de mayo de 2017, además de efectuar el pago en los términos requeridos por la citada administradora de pensiones. Así mismo, previa declaratoria parcial de la excepción de prescripción condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales y vacaciones en los montos señalados en la parte resolutive de la sentencia, así como al pago de la indemnización moratoria desde el 05 de mayo de 2017 y hasta por veinticuatro (24) meses, es decir, hasta el 05 de mayo de 2019, la suma de \$17.705.208, y a partir del primer día del mes 25, a pagar a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando el pago atrás señalado de prestaciones objeto de condena se verifique.

Condenó en costas al demandado, señaló como agencias la suma de \$500.000, monto que se incluirá en la respectiva

liquidación de costas y como gastos de curador la suma de \$500.000.

En síntesis, refirió el A Quo, que si bien la vinculación de las madres comunitarias era voluntaria y, por ende, no generaba obligaciones laborales, con la sentencia T-480 de 2016, dijo, se dispuso el deber de la contratación laboralmente por parte de la asociación; que está acreditado que la actora prestó sus servicios como madre comunitaria desde el 15 de abril de 1998, por lo que le correspondía al I.C.B.F., desvirtuar el elemento de la subordinación; no obstante, de la documental podía establecerse que ni la asociación ni la actora eran autónomas en la prestación de sus servicios; que al elevarse reclamación el 06 de octubre de 2015, operó el fenómeno prescriptivo de las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2012; a excepción de los aportes a seguridad social, sobre los que debe ser pagado el respectivo cálculo actuarial; que al no acreditarse el pago de salarios, prestaciones sociales, y vacaciones, hay lugar a su reconocimiento; que no hay lugar a aportes a salud y riesgos laborales, pues no se acreditó que la actora hubiese sufragado alguna suma como consecuencia de la falta de pago de tales aportes; y que hay lugar a indemnización moratoria, ya que, I.C.B.F. omitió sus deberes como empleador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

El **I.C.B.F.**, manifestó que la entidad que responde por los temas pensionales es FIDUAGRARIA, quien se encarga del pago de subsidios y de pensión de todas las madres comunitarias; que dentro de las funciones que efectúa el I.C.B.F., está la de brindar atención integral a menores, lo que se hace a través de hogares infantiles, por lo que las relaciones laborales se efectúan de manera directa entre ellas; que en ese orden de ideas, es la asociación quien debe efectuar los correspondientes pagos laborales a favor de las madres comunitarias, quienes por demás reciben becas; que tampoco existe un contrato de prestación de servicios con las madres comunitarias; y que no ejerce

subordinación, pues solo coordina y supervisa los programas dirigidos a la infancia, por demás que siempre se pacta una cláusula de ausencia de relación laboral con la asociación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y el I.C.B.F., 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 el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si en virtud del principio de la primacía de la realidad debe declararse que entre la demandante, quien fungió como madre comunitaria y el **I.C.B.F.** existió una relación de carácter laboral.

Del principio de primacía de la realidad sobre las formas y la relación existente entre las madres comunitarias y el I.C.B.F.

En materia laboral, el principio de primacía 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.

Así las cosas, para dilucidar si se está frente a un *contrato realidad*, que además se encuentra identificado en el artículo 3° del Decreto 2127 de 1945¹, es necesario analizar si se encuentran configurados los elementos de un contrato de trabajo, que, en tratándose del sector público, se encuentran consagrados en la Ley 6 de 1945 y su decreto reglamento, Decreto 2127 de 1945; concretamente los artículos 1° de la Ley mencionada y el artículo 2° del Decreto referido, señalan que aquellos elementos diferenciadores lo 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 su vez el artículo 20 *ejusdem*, señala que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole destruir dicha presunción al empleador, debiéndose desvirtuar la existencia de subordinación.

Sobre el tópico, en amplia y pacífica jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en la SL1719-2021, ha establecido:

“Recuerda la Corte que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la

¹ “Artículo 3° Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera”.

producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, para los trabajadores oficiales, de manera que le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario”.

De otro lado y frente a la situación jurídica de **las madres comunitarias** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que a la jurisdicción ordinaria laboral, sólo le es posible conocer de los conflictos derivados de un contrato de trabajo, es decir, de las relaciones propias de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales; y que al pretenderse el reconocimiento de una relación laboral con un establecimiento público como lo es el **I.C.B.F.**, sin que la labor de las madres comunitarias esté ligadas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, no sería dable reconocer la existencia del contrato de trabajo, propio de los trabajadores oficiales. Al punto, en sentencia **SL5090-2020**, señaló:

“(…) en nuestro contexto no existe un marco unificado de regulación de las relaciones de trabajo, sino una particular clasificación de los trabajadores, con sistemas normativos propios, especiales y diferentes, en función de la naturaleza jurídica de su vínculo y de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, por ejemplo. En ese sentido, por regla general, la ley reconoce a los *trabajadores particulares*, que prestan sus servicios a personas de naturaleza privada y que se encuentran regidos en su parte individual por el Código Sustantivo del Trabajo; a los *trabajadores oficiales*, vinculados a través de contratos de trabajo con entidades de naturaleza pública y regidos por normas especiales como la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, entre muchas otras; y a los *empleados públicos*, ligados a la administración pública a través de una relación legal y reglamentaria.

En todos los casos se trata de relaciones de trabajo subordinado, pero que tienen diferencias sustanciales de regulación y de juzgamiento, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, pues, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la jurisdicción ordinaria laboral, solo le es posible conocer de los conflictos derivados de un *contrato de trabajo*, es decir, de las relaciones propias de los *trabajadores particulares* y de los *trabajadores oficiales*, mientras que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le es atribuido el conocimiento de los conflictos correspondientes a los *empleados públicos*.

De allí que, como lo resaltó el Tribunal, ante reivindicaciones atinentes a la existencia de un contrato de trabajo, en la

realidad, con una entidad del Estado como el ICBF, el juez del trabajo se vea en la obligación, fundamental e ineludible, de determinar si el vínculo jurídico corresponde al propio de un trabajador oficial, pues, de lo contrario, carecerá de la competencia necesaria para emitir cualquier determinación, por justa que se presente, salvo la que se refiere exclusivamente al examen de la existencia del contrato de trabajo.

En ese sentido, no es cierto que *cualquier* relación de trabajo deba ser conocida y protegida por el juez del trabajo, como lo aduce de manera genérica y anodina la censura, pues siempre es preciso determinar qué tipo de vínculo jurídico puede atribuirse al respectivo servidor, dependiendo de la naturaleza de la entidad obligada – factor orgánico - y de la cualidad de las labores prestadas – factor funcional -.

Ahora bien, como en este caso la demandante pretendió el reconocimiento de una relación laboral con un establecimiento público, además de que sus labores no estaban ligadas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, cuestiones que no son rebatidas en ninguno de los cargos, no se daban las condiciones necesarias para reconocer la existencia del contrato de trabajo, propio de los trabajadores oficiales, que activaba el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Ello no implicaba, en manera alguna, asumir que este tipo de relaciones públicas de trabajo estuviera desconocido o se viera sumido en una total desprotección, como lo reclama con ahínco la censura, sino simplemente que debía ser reivindicado ante la autoridad competente, en ejercicio de la normatividad especial que resultaba aplicable.

Igualmente, en sentencia **SL2069-2021**, dicha corporación señaló que el anterior entendimiento se encuentra conforme a lo previsto en el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995, esto es, que el programa de "Hogares de Bienestar", se constituye mediante trabajo solidario, por lo que se trata de una contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen. Al respecto, dijo la H. Corte:

“Así las cosas, al no existir discusión sobre la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ni la clase de labores adelantadas por la accionante, no pudo equivocarse el juez colegiado al concluir que no le era posible declarar la existencia de un contrato de trabajo de carácter particular, ni oficial.

Para abundar en razones, cumple señalar que la censura no se ocupa de cuestionar todos los cimientos de la decisión, como aquel conforme al cual, *«de acuerdo a la legislación imperante de la época, en la cual la actividad desarrollada para entonces conservaba un carácter solidario que excluía toda prerrogativa de índole laboral, impide que se le atribuya la calidad de trabajadora que reclama»*.

Este criterio coincide plenamente con lo previsto en su momento por el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, según el cual:

La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen.

Como quiera que las aspiraciones de la demandante se concentran en el periodo transcurrido entre el 2 de mayo de 1991 y el 31 de enero de 2014, tal cual lo dedujo el *ad quem*, porque luego de esta fecha fue vinculada por uno de los entes operadores del programa de hogares de bienestar y percibe salario y prestaciones sociales, bajo el nuevo marco normativo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, lo pretendido no encuentra sustento en la legislación vigente en el lapso objeto de reclamación.

Y en sentencia posterior, **SL2370-2021**, la Sala de Casación Laboral estableció que conforme al artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, el contrato de aporte celebrado por el **I.C.B.F.**, conlleva que la entidad provea a una institución de utilidad pública o social los bienes (edificios, dineros, etc.) necesarios para la prestación total o parcial del servicio comunitario; que dicha actividad se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del **I.C.B.F.**; y que no tiene cabida la responsabilidad solidaria, en vista de la especial naturaleza del contrato de aporte que liga a las asociaciones con el I.C.B.F.

“(...)Esta Corporación ya se ocupó de desestimar la posibilidad de que se configure responsabilidad solidaria del ICBF por las obligaciones laborales generadas a cargo de administradores de hogares infantiles, en el marco de un contrato de aporte. Así lo explicó en sentencia CSJ SL4430-2018:

[...] la modalidad de servicio público asumida por el Estado colombiano, implica que su prestación ha de hacerse conforme al régimen jurídico que fije la ley y que, si bien puede ser prestado

directa o indirectamente por aquel o por particulares, en todo caso el Estado conserva la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios. En ese orden, la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados de la prestación de un servicio público y las condiciones en que lo pueden hacer son las que señale la ley. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos de la prestación de un servicio público -con base en el nl. 23 en concordancia con el inciso final del artículo 150 de la Constitución - autorizar a las entidades estatales designadas como responsables de la prestación del servicio público para celebrar los contratos pertinentes, como lo hizo de tiempo atrás el nl. 9° del artículo 21 de la Ley 7 de 1979, por la cual se dictan las normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Siendo a su vez reglamentado por el D. 2388 de 1979, en cuyo artículo 127 consagró los contratos de aportes, como el que ligó a los aquí codemandados, cuya celebración debe estar acorde con el 128 ibídem.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes que celebra el ICBF, definiéndole las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; consta por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) es bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y v) es conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro. A los que esta Corte agrega que vi) el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad mediante recursos del Estado. Es decir, el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y «solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo», art. 128 del D.2388 de 1979, «actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución», art. 127 ibídem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST.

Así las cosas, no existe duda de que las reglas que gobiernan el contrato de aporte son aplicables a todas las actividades propias del servicio, incluidas la administración y cuidado de los bienes entregados para tal propósito. De ahí que el prestador del servicio responde por las obligaciones surgidas el personal que vincula para ejecutar el objeto contractual, como lo concluyó el juez plural. De esta suerte, no tiene cabida la responsabilidad solidaria que se reclama, en vista de la especial naturaleza del contrato de aporte que ligó a los codemandados, cuya celebración y vigencia no se encuentra en discusión.

En la misma línea la H. Corte Constitucional en sentencia SU-079 de 2018 señaló:

“En efecto, para el caso de las **madres comunitarias**, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 superior. En esa medida, el artículo 4° del Decreto 1340 de 1995 expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa **“no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”** (Destaca la Sala). En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, precisó que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF **“en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas”**.

En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil y de allí **“no se desprende una vinculación de carácter laboral”**, en los términos de la sentencia **SU 224 de 1998**. Esta consideración fue justamente la que tuvo en cuenta la Sala en el **Auto 186 de 2017** para declarar la nulidad parcial de la sentencia **T-480 de 2016**, por cambio de jurisprudencia y no atenerse a la línea en vigor, al haber determinado dicho fallo de revisión que entre el ICBF y las madres comunitarias accionantes había existido un contrato de trabajo realidad, como se reseñó páginas atrás.

Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral”.

En cuanto al deber de aportar a pensión por parte de las madres comunitarias, la H. Corte Constitucional en la sentencia aludida, puntualizó que las madres comunitarias tenían a cargo su aporte a pensión, y que tenían subsidios para sufragar el mismo con anterioridad a su formalización laboral en 2014. Al respecto dijo:

“(…) Para este efecto, se encuentra que el Acuerdo 21 de 1996, dispuso en su artículo 5°, literal j, que **“las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad**

con lo normado en la Ley 100 de 1993 sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia”.

(...)

Así mismo, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones “*es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes*” (literal a), lo cual “*implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley*” (literal d); tratándose de grupos poblacionales que por sus características y condiciones socioeconómicas no tenían acceso a la seguridad social, incluyendo a las madres comunitarias, se dispuso el derecho a acceder al **Subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional** (literal i).

En armonía con esto último, el artículo 15 de la misma ley, con la modificación efectuada mediante el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, dispuso que serán afiliados al Sistema General de Pensiones de forma obligatoria “*Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales*”.

De esta manera, la ley ha regulado el acceso de las madres comunitarias y sustitutas al Sistema General de Pensiones, como grupo que por sus condiciones socioeconómicas eran elegibles para ser beneficiarias del mencionado subsidio, teniendo entonces la obligación legal de afiliarse al sistema pensional y realizar los aportes correspondientes. Debe tenerse presente que este subsidio, en los términos del artículo 28 de la Ley 100 de 1993, es “*de naturaleza temporal y parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo*”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No son objeto de controversia y, por lo tanto están acreditados en el proceso, los siguientes hechos: **i)** la prestación de servicios de la demandante como madre comunitaria desde el 15 de abril de 1998, a través de la entidad administradora del servicio contratada para la prestación del servicio en los hogares comunitarios del bienestar, que actualmente es la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios Patio Bonito Primer Sector, según certificaciones visibles a folios 18 y 19 del archivo 01

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00265 -01
Demandante: MARÍA INÉS GUZMÁN DE RODRÍGUEZ.
Demandado: I.C.B.F.

(fl.39); **ii**) la solicitud por parte de la demandante de la pensión de vejez a COLPENSIONES, el 07 de abril de 2015, petición resuelta negativamente por la entidad mediante Resolución GNR 319227 del 16 de octubre de 2015, confirmada mediante Resoluciones VPB 76709 del 31 de diciembre de 2015, y GNR 69293 del 03 de marzo de 2016 (fls. 60 a 85 del archivo 01); y **iii**) la petición de la demandante dirigida al I.C.B.F., el 06 de octubre de 2015, para el pago de las acreencias laborales adeudadas, petición resuelta negativamente el 07 de octubre de 2015, argumentándose que las madres comunitarias no tenían relación laboral con la entidad (fls.20 a 30 del archivo 01).

Pues bien. Al circunscribirse el material probatorio a la documental arrimada y al interrogatorio de parte a la accionante, al mismo se atiene la Sala en el estudio, concluyendo con el mismo es posible determinar que en efecto la demandante haya estado vinculada desde el 15 de abril de 1998 como madre comunitaria, en virtud de los contratos de aportes que celebró la **ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS-PATIO BONITO PRIMER SECTOR** con el **I.C.B.F**, este último, cuya naturaleza jurídica es la de establecimiento público del orden nacional, por lo que de evidenciarse la existencia de un contrato de trabajo, la accionante ostentaría la calidad de servidora pública, ya sea como empleada pública o como trabajadora oficial.

Dicho lo anterior, se tiene que, para que la demandante sea tenida como trabajadora oficial, resulta necesario la acreditación del desarrollo de funciones de construcción y mantenimiento, pues de lo contrario, se estaría frente a una empleada pública. (artículo 5° D.L. 3135 de 1968)

Por otra parte, conforme la abundante, pacífica y enfática jurisprudencia ya reseñada,, tanto de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como de la H. Corte Constitucional, la relación existente entre el **I.C.B.F.**, y las madres comunitarias no constituye un vínculo laboral, puesto

que los "Hogares de Bienestar" son una figura que nace del trabajo solidario, se trata de una contribución voluntaria; así mismo que es en virtud del artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, y mediante el contrato de aporte celebrado por el **I.C.B.F.**, que la entidad provee a una institución los bienes necesarios para la prestación total o parcial del servicio comunitario; actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del **I.C.B.F.**; sin lugar a responsabilidad solidaria, en vista de la especial naturaleza del contrato de aporte que liga a las asociaciones con el **I.C.B.F.**; que las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, son responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, y que es sólo con la expedición del Decreto 289 de 2014 en virtud del cual, las madres comunitarias son vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del programa, quien es su único empleador, con las implicaciones que de dicho vínculo laboral se derivan.

De acuerdo con lo dicho, a la Sala no le queda más que decir que no resulta posible declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el **I.C.B.F.**, pues, aunado a que la labor que desarrolló fue como madre comunitaria, es decir no tipificada como actividad de construcción y/o mantenimiento - lo que impide que se la catalogue como trabajadora oficial de la entidad- , se tiene que además se está frente a una labor eminentemente solidaria y voluntaria, en la que, por demás, valga decirse, no se observa que el aquí llamado como empleador - **I.C.B.F.**-, fuese quien impartiera órdenes o ejerciera actos de subordinación frente a la demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

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. En su lugar, se **ABSUELVE** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias 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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00265 -01
Demandante: MARÍA INÉS GUZMÁN DE RODRÍGUEZ.
Demandado: I.C.B.F.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **WILLIAM TOSH** promovió contra **SUMMON ENERGY LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 20 de octubre de 2009 al 31 de marzo de 2011 y en consecuencia que se reajusten cesantías, vacaciones, prima de servicios, intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, y aportes a seguridad social, teniendo en cuenta el salario real que devengó; así mismo pretende la ilegalidad de la terminación de su contrato de trabajo por no contarse con la autorización de la junta directiva para su despido, y por no haberse informado el

estado del pago de sus cotizaciones a la seguridad social; bonificaciones anuales; indemnización moratoria; indexación; perjuicios por daño emergente y lucro cesante; y perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: **1)** El 17 de agosto de 2009 ingresó a laborar al servicio de la demandada, suscribiendo para el efecto un contrato de consultoría; **2)** Teniendo en cuenta que llevó a feliz término el contrato de consultoría, se le propuso ser vinculado como trabajador de la empresa en el cargo de Oficial Jefe de Información o Vicepresidente de informática o Sistemas; **3)** Se le ofreció un salario de US 10.000, los cuales serían pagados así: US 4.000 a través de la nómina de la empresa, y US 6.000 mediante contrato de prestación de servicios celebrado con la empresa Ikatan Perangsang Sdn BHD, cuyo accionista único es el mismo demandante; **4)** Adicional a lo anterior, devengaba bonificaciones por valor de US 30.000 por el cumplimiento de metas; **5)** Como consecuencia de lo expuesto, el 20 de octubre de 2009 se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con salario integral; **6)** El 07 de marzo de 2011 se desplazó a la ciudad de Cartagena con el fin de visitar y ponerse al frente de la ejecución del Joint Venture que tenía la empresa con SEPAM; no obstante, durante la última semana de dicho mes fue requerido por el Vicepresidente Senior de Servicios Compartidos, quien el 31 de marzo de 2011 le hizo entrega de una carta de terminación de su contrato de trabajo, la que le fue facilitada en inglés el 01 de abril del mismo año; **7)** El 12 de abril de 2011 le fue entregada la liquidación de su contrato de trabajo; no obstante, esta se liquidó teniendo como salario base la suma de US 4.000; **8)** Petrotiger Colombia Ltda., hoy SUMMON ENERGY LTDA. fue constituida bajo la razón social Production Testing Services Colombia Ltda., quien a su vez fue comprada el 30 de julio de 2009, en un 99,84% por PTS Holding Services Ltd., empresa que establece dentro de sus estatutos que la terminación de un contrato de un ejecutivo debe realizarse mediante resolución de los directores; **9)** Productor Testing Services Colombia Ltda. fue

comprada en un 0.15% por parte de Petrotiger Ltd., quien también en sus directivas establece que para el despido de un directivo es necesario la resolución de los directores; **10)** El 08 de abril de 2011 recibió una carta de terminación del contrato de prestación de servicios; y **11)** El 28 de marzo de 2014 la demandada recibió comunicación por correo que suspendió la prescripción de la acción laboral.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SUMMON ENERGY LTDA., (fls. 116 a 128), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, pago, improcedencia de la reliquidación solicitada, improcedencia del pago de las bonificaciones reclamadas, y la genérica.

Aceptó que se le dio terminación al contrato de trabajo del actor el 31 de marzo de 2011, así como que se pagó liquidación final de prestaciones sociales el 12 de abril del mismo año. No aceptó los demás hechos.

Indicó que el contrato de trabajo se pactó el 20 de octubre de 2009, pero no inició en esa fecha, pues la prestación efectiva de servicios se dio el 01 de enero de 2010; que el salario del actor era la suma de US 4.000, y que eran completamente ajenos a la relación laboral los servicios de consultoría que se pactaron con Ikatan Perangsang SND BHD, persona jurídica diferente de quien funge como demandante; que al pactarse un salario integral no hay lugar al pago de prestaciones sociales; que no se efectuó ningún pago por concepto de bonificaciones; y que los hechos que fundamentan la acción acaecieron hace más de tres años, por lo que operó el fenómeno prescriptivo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 21 de febrero de 2022, mediante la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió el A Quo que, está demostrado que el 12 de octubre de 2012 se elevó reclamación por parte del accionante, por lo que, al no demandarse dentro de los tres años siguientes, operó el fenómeno extintivo de prescripción; recordando que según lo dispuesto en la ley, la prescripción se interrumpe por una sola vez, por lo que la solicitud del 28 de marzo de 2014 no logró interrumpir la prescripción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que no es cierto que se hubiera presentado una reclamación el 17 de septiembre de 2015 (sic), lo que se avizora son correos electrónicos de otro abogado dirigidos con ánimo de conciliación, de agendamiento de unas reuniones para revisar problemas relacionados con la terminación de la relación laboral; que no se puede predicar que un correo electrónico tenga el alcance de interrumpir el fenómeno prescriptivo, se trató únicamente de una reunión para verificar las condiciones de la terminación del contrato de trabajo del actor y su situación civil; que para el 17 de septiembre (sic), no existe poder para presentar ese tipo de reclamación; que sólo obtuvo poder hasta el 28 de marzo de 2014, fecha en la que se presentó reclamación; que los mensajes de datos si bien no fueron tachados, también debe tenerse en cuenta que estos no tenían el *animus* de una reclamación, pues no se identifican cada uno de los derechos que se pretenden; y que, como consecuencia del fracaso de la excepción de prescripción, se debe proceder al reajuste de las acreencias laborales pretendidas, teniendo en cuenta como salario la suma de US 10.000.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por las partes, 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 el **problema jurídico a resolver** se circunscribe a determinar, si para la fecha de presentación de la presente demanda, la acción se encontraba prescrita. De ser negativa la respuesta a lo anterior se dilucidará si hay lugar al reconocimiento y pago del reajuste y de las acreencias laborales que se pretenden en la demanda.

Del fenómeno extintivo de la prescripción.

La **prescripción** implica la extinción de un derecho por el transcurrir del tiempo; para tal efecto, el legislador establece términos dentro de los que deben reclamarse derechos, de manera que, al elevarse oportunamente la acción, también se hace jurídicamente viable el ejercicio del derecho.

Tratándose de los derechos emanados de las normas sociales, el artículo 488 del C.S.T., establece la posibilidad de que el trabajador presente sus reclamos dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, y el 489 ejusdem, prevé que dicho lapso se puede interrumpir por una sola vez, con el simple

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00311 -02
Demandante: WILLIAM TOSH.
Demandado: SUMMON ENERGY LTDA.

reclamo escrito del trabajador, dirigido y recibido por el empleador, sobre derechos debidamente determinados, para, a partir de ese momento, iniciar un nuevo conteo del referido término; reglas igualmente consignadas en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

En punto a la prescripción, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4222- 2017, rememoró:

“En las materias del derecho del trabajo y la seguridad social, sabido es, como ya se recordó por la Corte en la sentencia atrás citada, que son dos los preceptos que de manera general y con el carácter de orden público reglan la prescripción extintiva de la acción o del derecho: los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social: el primero, en lo correspondiente a los derechos regulados en ese cuerpo normativo y, el segundo, en lo que tiene que ver con el ejercicio de las acciones que emanan de las leyes sociales. Pero es importante subrayar que ambas disposiciones contemplan una prescripción trienal cuyo término de consolidación empieza a correr desde la ‘exigibilidad’ de la respectiva obligación. También en ambas no basta para la pérdida o extinción del derecho el simple paso del tiempo previsto en la ley, sino que se requiere, además, la inactividad en el derecho o en el ejercicio de la acción durante ese mismo tiempo, pues a decir de la segunda disposición, la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

De ese modo, la prescripción extintiva de acciones y derechos en estas materias opera atada no solamente al transcurso de un tiempo de inactividad previsto en la ley, con la posibilidad de ser interrumpido mediante una reclamación formal y singularizada, sino también, a la de la ‘exigibilidad’ de la obligación demandada, entendida ésta como la posibilidad de hacerse efectiva o ejecutable sin necesidad de advenimiento de hecho alguno, pues cuenta con la característica de ser pura y simple; o porque estando sometida a plazo o condición, se ha producido el fenecimiento de aquél o el cumplimiento de ésta”.

En cuanto a los mensajes de datos se hace necesario rememorar que conforme al literal a) del artículo 2° de la Ley 527 de 1999, estos se encuentran definidos como *“la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”*».

Por su parte el artículo 5° ídem, establece que a los mismos no se les negarían los efectos jurídicos de validez o fuerza obligatoria, y en el artículo 10°, se señala que *“los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil”*; y que *“En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.*

A renglón seguido, el artículo 11 ídem, señala que para valorar los mensajes de datos, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica, así como la confiabilidad en la forma como se generaron, archivaron y comunicaron; la fiabilidad de la conservación íntegra de la información; la forma para identificar su indicador, así como cualquier otro factor pertinente.

Finalmente, el artículo 243 del C.G.P indica que son documentos los “mensajes de datos”; por su parte el artículo 247 de la misma normatividad indica que los mensajes de datos son valorados como tal si fueron *“aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud”*; y que *“la simple impresión de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”*, es decir, que si dicho mensaje se aporta impreso en papel, este será valorado como un documento, analizado por cierto por la Corte Constitucional en Sentencia CC604-2016.

Como acaba de ilustrarse, en materia probatoria, sea de papel o electrónico, el documento tiene por finalidad, la de mostrar al Juez la veracidad de unos hechos, mediante la apreciación de su contenido, pues en este se incorpora la manifestación de expresiones, las cuales, al ser exteriorizadas,

pueden llevar al convencimiento de una realidad buscada por las partes.

Por manera que, respecto de copias simples es dable considerar su autenticidad, pues conforme al artículo 54A del C.P.T. y de la S.S., *“en todos los procesos, salvo cuando se pretenda hacer valer como título ejecutivo, los documentos o reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de autenticación ni presentación personal [...]”*. Sobre el artículo atrás mencionado, en sentencia SL15022-2016, se indicó:

“Respecto a la falta de validez por tratarse de copias simples que aduce el recurrente, corresponde decir que este reparo no se puede ventilar por la vía indirecta, sino por la directa, por violación medio de la norma adjetiva que regula el valor de las copias simples, a través de la cual se llegaría a trasgredir la norma sustantiva del orden nacional correspondiente; pero, si esto no fuera un obstáculo para la viabilidad de la acusación por haber el cargo ignorado la técnica de la casación, en todo caso, se encuentra la Sala con que la censura desconoce de un tajo que el procedimiento laboral expresamente les reconoce valor probatorio a las copias simples en el artículo 54 A, cuando las presume auténticas, sobre todo, con mayor fuerza en su Parágrafo. Por tanto, si, como lo dijo el juzgador colegiado, la parte actora no tachó de falsas las referidas probanzas, era su deber tomarlas “como prueba válida”.

DEL CASO EN CONCRETO

Se encuentra probado en el proceso o no existe controversia en cuanto a los siguientes hechos: **i)** La vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido del demandante con la demandada a partir del 07 de diciembre de 2009 (documento denominado contrato obrante en el archivo 01.1 correo contestación demanda); **ii)** La celebración de un contrato de prestación de servicios el 01 de enero de 2010 entre la empresa demandada y Ikatan Perangsan SDH BDH, en el que aparece como representante legal el demandante (fls. 161 a 170); **iii)** La terminación del contrato de trabajo el 31 de marzo de 2011 (fls.171); **iv)** La remisión de un correo electrónico el 17 de septiembre de 2012, por parte de Leonardo Ortiz Mendieta con el

asunto: “solicitud de reunión” y cuya finalidad fue que entre las partes se logre un acuerdo extracontractual (ver documento denominado reclamación obrante en el archivo 01.1 correo contestación demanda); y **v)** Una nueva reclamación efectuada por el trabajador para lograr el pago del reajuste de sus prestaciones sociales efectuada el 28 de marzo de 2011 (fls.37 y 38).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 19 a 49, 131 a 136, 152, 153, 161 a 172, 80 a 122, 177 a 180, 197, y 198 al proceso compareció en calidad de testigo, el señor **Daniel Mauricio Lucio Farfán**, quien señaló que el actor laboraba en el área de tecnología de la empresa, estaba a cargo del área de tecnología de la compañía; que conoció al actor por una reclamación que presentaron los abogados del señor Tosh en el año 2012, momento en el que tuvo acceso al contrato laboral de él; que el actor designó a la firma de abogados Ortiz y Ayala abogados, de quienes recuerda al señor Leonardo Ortiz; que estos primero pidieron una reunión, la que se dio, y luego, ratificaron mediante un memorando de septiembre del 2012, la reclamación de unos pagos a favor del demandante; que la reunión era básicamente para los temas que se están discutiendo en este proceso, estaban diciendo que el actor estaba mal liquidado, que tenía derecho a sumas más altas de dinero, así como mencionaron impactos impositivos, es decir, tributarios, y una cantidad de acreencias de aportes en general; que en esa reunión, los abogados informaban lo que estaban solicitando- reclamando; que en esa reunión su rol fue oír la argumentación de los abogados, y luego, tal información se proporcionó a los abogados laboralistas, y hasta ahí participó; que los abogados comentaron que el actor tenía una empresa en el exterior que el prestaba otro tipo de servicios a la compañía; y que no recuerda si en el correo se señaló el pago de bonificaciones, pero sí lo mencionaron en la reunión, así como la indemnización por su despido.

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, y especialmente del correo electrónico del 17 de septiembre de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00311 -02
Demandante: WILLIAM TOSH.
Demandado: SUMMON ENERGY LTDA.

2012, documento denominado “reclamación” obrante en el archivo 01.1 correo contestación demanda, considera la Sala que le asiste razón al A Quo en cuanto a la ocurrencia del fenómeno prescriptivo.

En efecto, el aludido correo fue remitido por el señor Leonardo Ortiz Mendieta, y enviado a Roberto Ayala Aguilera, a quienes se les reconoció poder de manera simultánea por parte del demandante, según se desprende del poder visible a folios 2 a 6 del archivo 01, el cual fue aceptado únicamente por el segundo, y del cual se destaca goza de presentación personal ante la Notaría 9° del Circulo de Bogotá, el **20 de abril de 2011**, dato no menor, si se tiene en cuenta que dicha fecha resulta anterior al envío del referido correo. En suma, en el escrito se estableció que el señor Leonardo Ortiz Mendieta quien se identificó como parte del Ortiz & “Ayala” Asociados.

Así mismo, se avizora que el correo en estudio fue remitido al dominio robertoayalaaguilera@hotmail.com, mismo e-mail que fuere expuesto por el apoderado de la parte actora en su demanda, en el que se señaló que podía ser notificado en tal dirección electrónica (fl.18). Igualmente, el contenido de dicho mensaje no fue desconocido ni tachado de falso, por lo que resulta pertinente tenerlo en cuenta y con plenos efectos probatorios.

En el aparte pertinente de dicho correo electrónico remitido el 17 de septiembre de 2012, se dijo que:

“la liquidación laboral se realizó sobre la suma de dinero señalada en el contrato laboral, desconociendo por completo que el dinero que recibía en Malasia correspondía igualmente a una remuneración directa por sus servicios prestados como trabajador de Petrotiger. Por lo anterior, consideramos que este error en la liquidación desconoció los derechos laborales del señor Tosh, ya que la clara simultaneidad de los contratos evidencia que con el denominado “Contractor Agreement” se disfrazaba una parte del salario. Esto,

además de defraudar la ley laboral, tuvo un impacto directo en la liquidación final del contrato del señor Tosh la cual en realidad debió haberse realizado por la suma de \$COP 27.041.298. Adicional a lo anterior como Usted sabrá, el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo impone como sanción al empleador la denominada sanción o indemnización moratoria o de brazos caídos, la cual corresponde a un día de salario por cada día de retardo en el pago total de la liquidación que para este caso y al 1 de septiembre de 2012 correspondería a la suma de \$327.676.904”;

La simple lectura del texto transcrito permite evidenciar la clara intención encaminada a lograr el reajuste de las acreencias laborales del actor como consecuencia de no tenerse dentro de la base salarial para la liquidación final del contrato de trabajo, los servicios prestados por éste dentro del denominado “Contractor Agreement”, y en donde el actor recibía US6.000 mensuales adicionales.

De igual manera en dicho documento, como quedó visto, se solicitó indemnización moratoria y, en suma, se puso de presente la imposibilidad que existía de despedir al actor, pues no se había adjuntado la resolución de los directores de la empresa que aprobaran tal terminación, así como se hizo alusión a la falta de bonos por antigüedad y cumplimiento de metas.

En consecuencia, dicha solicitud remitida por correo electrónico abarca las pretensiones relativas a tener como salario lo que el accionante devengó dentro del contrato de prestación de servicios que celebró a nombre de Ikatan Perangsan SDH BDH; la ilegalidad de la terminación de su contrato de trabajo por no contarse con la autorización de la junta directiva para su despido; bonificaciones anuales; e indemnización moratoria; de modo que sin duda alguna, constituye una clara manifestación del reclamo del ex trabajador con mérito indiscutible de interrumpir la prescripción.

Así entonces, la posterior petición del 28 de marzo de 2014 (fls 37 y 38) no tiene el efecto pretendido por la activa, pues la prescripción solo puede interrumpirse por una vez; luego, se debió demandar **a más tardar el 17 de septiembre de 2015**, de conformidad con los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., de manera que al radicarse la demanda el 28 de marzo de 2017, no hay lugar a duda alguna respecto a que operó el fenómeno extintivo de la prescripción (fl.50).

Lo dicho, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el testigo Daniel Mauricio Lucio Farfán fue claro en manifestar que la reunión con la firma de abogados del accionante acaeció en 2012, y que luego remitieron el correo electrónico en estudio el 17 de septiembre de tal anualidad, por lo que, ciertamente los pedimentos del accionante se presentaron desde el año 2012.

Así las cosas, y contrario a lo afirmado en la apelación, por el procurador judicial del demandante debe decirse que, en el reclamo presentado en septiembre de 2012, las acreencias solicitadas se identificaron claramente y que el mismo no debía contener un lenguaje técnico o una formalidad para considerar que lograba interrumpir el fenómeno prescriptivo. En efecto, al prever el legislador la posibilidad de que el trabajador presente un “*simple reclamo escrito*”, lo que pretendió es que el empleador conociera previo al litigio, las acreencias que el trabajador considera que se le adeudan sin mayor rigurosidad; asimismo, si bien lo pretendido en ese “simple reclamo” debe estar individualizado, es decir, que debe ser claro y determinable, no quiere decir que debe tener un lenguaje técnico o jurídico o determinadas formalidades para que se tenga en cuenta, pues basta que de la reclamación elevada sea dable extraer lo que el trabajador considera se adeuda por parte de su empleador . Al respecto, en sentencia SL4554-2020 se dijo:

“Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese «reclamo escrito» lo que el legislador pretendió fue que el empleador ante el eventual inicio de un proceso judicial hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que

le fueran canceladas. De modo que ese «simple reclamo por escrito» puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural, como por ejemplo en actas de conciliación. Precisamente, en la sentencia CSJ SL, 18 jun. 2008, rad. 33273 la Corte expresó:

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado.

Asimismo, en sentencia CSJ SL12900-2014 la Corporación reiteró que si bien lo pretendido en ese «simple reclamo» debe estar individualizado, es decir, que lo solicitado debe ser claro y determinable, ello no significa que el escrito deba contener exigencias formales o un lenguaje técnico o jurídico para salir avante. En esa oportunidad, así lo explicó:

Debe esta Sala recordar que la interrupción de la prescripción tiene como finalidad impedir que el transcurso del tiempo conlleve a la liberación de la obligación emanada del contrato laboral o de la seguridad social.

Naturalmente, quien aspira a que dicho fenómeno no se consolide, en los términos del artículo 489 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe realizar un «simple reclamo escrito... recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado», cuya consecuencia jurídica es la de que «interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».

Las connotaciones de «simple reclamo» y de derecho «debidamente determinado» son inequívocas de la informalidad en la petición, máxime cuando quien la dirige es el trabajador, por lo que la exigencia de un lenguaje o conocimiento jurídico en punto a su aspiración no se corresponde con el interés normativo.

Lo anterior no se contrapone a que se individualice lo reclamado; por ejemplo, indicar que se deben «todas la (sic) indemnizaciones a las que haya lugar» resulta abstracto y no le permite conocer al empleador la real pretensión del trabajador; sin embargo, ello no puede implicar la exigencia de un reclamo tan pormenorizado y técnico que consiga anular en la práctica la incidencia del escrito de interrupción.

Por otra parte, y en cuanto a las pretensiones relativas al reintegro por la falta de información del estado de pago de aportes a seguridad social, perjuicios por daño emergente y lucro cesante, y perjuicios morales, estos no fueron requeridos en la petición del 17 de septiembre de 2012, así como tampoco en la del 28 de marzo de 2014, por lo que, en ese orden al no ser requeridas dentro del término de tres años, también operó sobre dichas acreencias laborales el fenómeno de la prescripción.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la única pretensión susceptible de análisis sería la de la indexación, empero, al no existir acreencia laboral alguna objeto de condena que pudiere ser objeto de actualización monetaria, no habría lugar a su imposición.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-001-2017-00311 -02
Demandante: WILLIAM TOSH.
Demandado: SUMMON ENERGY LTDA.

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

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.
Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**
Demandado: **COLPENSIONES 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita se tenga su afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad; que PORVENIR S.A. debe devolver todo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, sin efectuar deducción alguna por gastos de administración; que COLPENSIONES debe reconocer y pagar pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003; y los perjuicios causados como consecuencia de la nulidad y/o ineficacia del traslado.

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, así como el cumplimiento de los presupuestos legales para el reconocimiento de una pensión de vejez.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 32 a 40 del archivo A3), 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 imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 91 a 115 del archivo A3), 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 prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, y la innominada o genérica.

Mediante providencia del 02 de abril de 2019 se dispuso la vinculación de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -**U.G.P.P.**-, (fl. 18 del archivo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

A4), 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 falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa e inexistencia de la obligación, compensación, y prescripción (fls. 64 a 73 del archivo A4).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 03 de febrero de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado al R.A.I.S., a través de PORVENIR, el 19 de diciembre de 1996; ordenándole a dicha A.F.P., trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades; condenando a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas, así como a reconocer pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión, en trece mesadas anuales, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y determinar la tasa de reemplazo con base en las previsiones del artículo 34 ejusdem. Absolvió a U.G.P.P. de las pretensiones y condenó en costas a PORVERNIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES adujo, que no obra prueba alguna de la que se pueda establecer que se está frente a un vicio del consentimiento; que se está frente a un punto de derecho, el que no tiene la fuerza para viciar el consentimiento de la demandante;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

que la actora no se encuentra en la base de datos de COLPENSIONES, por lo que, no es dable colegir su afiliación; que la demandante no demostró el haber estado en COLPENSIONES, y por el contrario, estuvo en el R.A.I.S.; que la decisión de la A Quo podría afectar el patrimonio público, y por ende el principio de sostenibilidad financiera.

PORVENIR S.A., argumentó que las razones que llevaron a la actora a solicitar la ineficacia de traslado es el monto de la mesada pensional; que cualquier proyección que se hubiere podido realizar al momento de la afiliación, es tan sólo un presupuesto para verificar situaciones futuras e inciertas que no vararían la voluntad de la afiliada, por demás que no era un requisito exigido por la ley; que lo que se protege es la contingencia de vejez, y no un monto determinado; que la demandante era una persona estructurada, quien fuera comisaria de familia y juez, contando con la posibilidad de entender las consecuencias de su traslado; que momento de su traslado no contaba con una expectativa de pensión, y por el contrario contaba con cero semanas en el régimen de prima media; que hizo un comunicado de prensa, advirtiendo de las modificaciones de la Ley 797 de 2003, y la posibilidad de trasladarse durante el término de un año; que frente a los gastos de administración es la misma ley la que establece su pago, por manera que, de avalarse su devolución se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por demás que estos dineros fueron invertidos, y como consecuencia de su buena administración se generaron rendimientos; que la inversión de la carga de la prueba para situaciones que ocurrieron hace más de diez años, no resiste una análisis ponderado y serio, y conforme a la carga dinámica de la prueba, quien debe demostrar es quien tiene la capacidad de hacerlo.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril 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 las demandadas, 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 CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. 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.

De la 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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 perjudicarlo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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).

f) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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.

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.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de mayo de 1984 registra aportes en tal régimen a través de CAJANAL conforme formatos CLEB que dan cuenta de su vinculación con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 12 de diciembre de 1987 (fl.3 del archivo A1 y archivo B4); **ii)** la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 16 de diciembre de 1996 (fl. 2 del archivo A1) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 12 de junio de 2017, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

respectivamente, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 19 a 23 del archivo A1).

A folio 3 del archivo A1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de diciembre de 1996 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, pues ni siquiera se buscó la confesión de la actora a través de interrogatorio de parte.

Tampoco se considera que la demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado estudios en Derecho, o haber desempeñado cargos como como Comisaria y Juez de Familia, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información; lo dicho, encuentra asidero en la sentencia SL SL1949-2021, donde se manifestó: *“Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”*.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR 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 ROA SARMIENTO en el traslado que ésta realizó el 16 de diciembre de 1996, 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, teniendo en cuenta que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es la entidad encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social-CAJANAL debe recibir las cotizaciones de la actora, todo ello conforme la normativa vigente frente al punto: artículo 52 de la ley 100 de 1993; numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000; artículo 4 Decreto 2196 de 2009 y artículo 5° del Decreto 1068 de 1995.

Por tanto, y dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debió

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

recibir las cotizaciones de la actora, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, escenario que guarda concordancia con la sentencia **SL1582-2021** proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó²:

“De entrada se observa el yerro cometido por el Colegiado al dar por probado que si el actor no cotizó al ISS, no pertenecía al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, comoquiera que la Caja Nacional de Previsión Social, pertenecía a dicho régimen por mandato expreso del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, aspecto que por más ya fue resuelto por la Corte en un caso de similar contorno al que ocupa la Sala, donde el trabajador también estaba afiliado a Cajanal, (sentencia CSJ SL, 9 de sep. 2008, radicado 31314), que reiteró la SL, 9 sep. 2008, rad. 31989), en la que se dijo:

Según se advirtió, desde el escrito demandatorio se adujo que la funcionaria de PORVENIR S. A., que realizó las diligencias para que el demandante se trasladara del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, omitió suministrarle las suficientes explicaciones y datos para el efecto, y es éste precisamente uno de los reproches que se hace al sentenciador ad quem, en el cargo que se analiza, y en el cual se tiene en cuenta que es un hecho indiscutido que el demandante nació en el año de 1934, y se corrobora con el registro de folio 11, citado en la acusación; también, que el traslado de régimen de seguridad social se produjo en la fecha anotada, 14 de marzo de 1997, cuando tenía más de 62 años de edad y se había desempeñado durante más de 19 años como servidor oficial en diversas entidades y que luego no alcanzó a sumar 500 semanas, sino solamente 92 en dicho régimen.

Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993”.

² En igual sentido, revisense las sentencias del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisiones del 20 de noviembre de 2014, 10 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 08 de junio de 2016, 08 de junio de 2016, 28 de junio de 2016 y 18 de julio de 2016, entre otros, que corresponden en su orden a las radicaciones números 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00, donde se fijaron las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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, PORVENIR 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 el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, también se encuentran los **bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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.

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).

De la pensión de vejez.

Al respecto, se tiene que la demandante solicita se aplique para el reconocimiento de su pensión de vejez el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que señala:

“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez.

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (...).

Así las cosas, y dado que la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma trasunta, esto es, 57 años y más de 1300 semanas, pues nació el 21 de septiembre de 1961 (fl.18 del archivo A1), por lo que cumplió la edad aludida el mismo día y mes de 2018, así como alcanzó un total de 1301,14 semanas, las que se resulta de las 1235 semanas aportadas a PORVENIR S.A., 58,86, 4,29, y 3 semanas cotizadas a CAJANAL por servicios prestados en el Hospital Regional San Antonio de Padua- Garagoa, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, I.S.S. como empleador (fls. 28 del archivo B5, y archivo C1 y C7).

De esta manera, resulta procedente el pago de una pensión de vejez, por lo que, para determinar la fecha de reconocimiento se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

Por consiguiente, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de enero de 2021, y la fecha de generación de la historia laboral es del 31 de marzo de 2021 (fls. 11 a 27 del archivo B5), ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado del sistema, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

cual se presente la novedad de retiro y por ende, se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional, tal y como lo dispuso la A Quo; lo anterior encuentra respaldo además en senda jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción laboral, quien en sentencias como las SL6159-2016 y SL5515-2016, ha dicho que, salvo algunas excepciones (Sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Igualmente, sería el caso calcular el monto de la mesada pensional, sin embargo, y ante el desconocimiento de los períodos que se pudieren haber cotizado con posterioridad - lo que podría incidir en el valor de la mesada pensional-, no queda otro camino que ordenar que la prestación se liquide con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años cotizados, según resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente; tal y como lo señaló la A Quo, por lo que la sentencia en tal sentido se confirmará.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

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 segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, también se encuentran los **bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

TERCERO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2017-00481 -01.

Demandante: **SAMIRA DE LA NATIVIDAD ROA SARMIENTO.**

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

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Samira de la Natividad Roa Sarmiento
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**009-2017-00481-01**

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: **aad8bc6827452c248060ced4022d7b49029b9530301335b05439c80b31abe0e3**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:31 AM

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 05-029-2017-00640-01
Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **AURA MARÍA BARRERA VACA** promovió contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la activa aspira a que se ordene el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 11 de octubre de 2015, así como los intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** A Eduardo García Gutiérrez se le otorgó pensión de vejez; **2)** El señor García Gutiérrez falleció el 11 de octubre de 2015; **3)** Contrajo nupcias con el causante, viviendo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2017-00640-01

Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de forma ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento de este; unión de la que nacieron dos hijas, Patricia Adela y Aura Cristina García Barrera; **4)** Con su esposo se brindaban ayuda mutua, y no tuvieron domicilios diferentes; **5)** Solicitó el 14 de junio de 2017 pensión de sobrevivientes, no obstante, le fue negada mediante Resolución 106801 del 27 de junio de 2017.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 76 a 81), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, y la declaratoria de otras excepciones.

Aceptó la fecha del fallecimiento del pensionado García Gutiérrez; la procreación de dos hojas con la demandante y la negativa al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora.

En su defensa manifestó que el causante tenía convivencia simultánea con la señora Ofelia Pinilla, por lo que, el reconocimiento pensional deprecado está sujeto a lo que resulte acreditado en juicio, debiéndose asignar el porcentaje pensional de acuerdo a la convivencia que cada una tuvo con el exánime.

2.1. Intervención excluyente de MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA. Integrada al proceso por auto del 25 de julio de 2019, (fl.100), la señora Pinilla Bonilla, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Eduardo García Gutiérrez, en condición de compañera permanente, a partir del 11 de octubre de 2015, e indexación (fls. 195 a 208), argumentando, en síntesis que vivió en unión marital de hecho con el causante desde el 03 de enero de 1990 hasta la fecha de fallecimiento de este; compartiendo techo, lecho, prestándose ayuda mutua, y brindando acompañamiento total en todas sus

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2017-00640-01

Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

enfermedades y necesidades; que el 30 de enero de 2003, el causante declaró la unión marital de hecho con un tiempo de convivencia de 13 años; que el 13 de julio de 2005, el causante realizó una actualización de datos ante el I.S.S., en la que figura como su beneficiaria, así como su hijo Wilson Felipe García Bonilla; que en el año 1997, el causante estuvo hospitalizado en el Hospital San José, con ocasión de una osteomielitis crónica, siendo ella quien asumió su cuidado; que fue su beneficiaria en salud desde el 01 de agosto de 2008; y finalmente reseñó todas las ocasiones en las que el causante acudió a servicios médicos en su compañía entre los años 2013 y 2015.

2.2. Mediante auto del 11 de octubre de 2021 se aceptó el **desistimiento** de la acción incoada por la demandante principal, **AURA MARÍA BARRERA VACA** (fl.256).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 08 de febrero de 2022, en la que declaró que MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA en su calidad de compañera permanente del causante EDUARDO GARCÍA GUTIÉRREZ, tiene derecho al reconocimiento de la pensión causada por el fallecimiento del mismo en cuantía equivalente al valor de la mesada que venía devengando para la fecha en la que falleció, junto con los aumentos legales que se hayan causado declarando parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas dejadas de cancelar con anterioridad al **16 de agosto de 2016**. Ordenó el pago indexado de las sumas adeudadas, absolvió de las demás pretensiones y no condenó en costas.

En síntesis, luego de precisar la norma aplicable al caso, (Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003), teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del causante - 11 de octubre de 2015-, encontró acreditado que la interviniente excluyente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2017-00640-01

Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA convivió con el causante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento de este, así como la comunidad de vida entre estos, pues existen declaraciones del exánime, de terceros así como la testimonial recaudada en el juicio, que dan cuenta de tal convivencia; advirtió que operó prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 16 de agosto de 2016, pues la demanda se le notificó a dicha interviniente **el 16 de agosto de 2019**; y que no hay lugar a intereses moratorios, pues la interviniente no solicitó pensión.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de estas.

Ingresadas las diligencias al despacho, 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.

V. 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 están acreditados los presupuestos de convivencia para considerar a **MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA** como beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Eduardo García Gutiérrez y, de ser el caso, si las condenas impuestas se ajustan a derecho.

De la pensión de sobrevivientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Eduardo García Gutiérrez -11 de octubre de 2015- (fl.17) la norma que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que indican:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”

b) (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

En cuanto a la **convivencia**, es necesario precisar que en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Frente dicha providencia, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la interpretación dada por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva y que el precedente aplicable en la materia, era la Sentencia **SU-428 de 2016** cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2017-00640-01

Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Por su parte, en sentencia SL4318-2021 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dio cumplimiento a las órdenes de la sentencia SU-149 de 2021, advirtiéndose en las aclaraciones de voto que la providencia se profirió única y exclusivamente en acatamiento de lo dispuesto en el fallo SU-149 de 2021, proferido por H. Corte Constitucional; que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que las sentencias de tutela, aunque también tiene fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611 de 2017).

Agregó que, por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la H. Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre

de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

DEL CASO EN CONCRETO.

Previo a resolver lo que corresponde, importa resaltar que, en el presente evento, se encuentran por fuera de discusión los siguientes presupuestos fácticos: **i)** El nacimiento de un hijo entre MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA y el señor Eduardo García Gutiérrez, de nombre Wilson Felipe García Pinilla, el 13 de febrero de 1992 (fl.125); **ii)** El status de pensionado por invalidez que ostentaba el señor García Gutiérrez desde el año 1997, según Resolución SUB 106801 del 27 de junio de 2017 (fls. 11 a 14); **iii)** La declaración del causante García Gutiérrez ante la Notaría 49 del Circulo de Bogotá, respecto de la convivencia que tenía con la señora MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA desde hacía 13 años, así como la manifestación ante el I.S.S. de la calidad de beneficiarios de esta y de su hijo, Wilson Felipe García Pinilla; la calidad de beneficiaria de la señora PINILLA BONILLA, que en salud se puede avizorar en el histórico de aportes de la NUEVA E.P.S. (fls.126 a 130); **iv)** El acompañamiento a diversas citas y hospitalizaciones del señor García Gutiérrez por parte de la señora PINILLA BONILLA (fls. 139 a 192); y **v)** El fallecimiento del pensionado Eduardo García Gutiérrez el 11 de octubre de 2015 (fl.17).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 2 a 29, 95 a 99, y 122 a 194, al proceso comparecieron a rendir testimonio **Olga Teresa Chávez Castiblanco y Alberto Sanabria Parra**, quienes manifestaron lo siguiente:

Olga Teresa Chávez Castiblanco dijo que el causante era su vecino en el barrio Boíta, pues vivía a tres-cuatro cuadras de él; que MARÍA OFELIA PINILLA también era su vecina, era esposa del causante desde que los conoció, vivían juntos; que en dicho hogar tuvieron un hijo, Wilson; que el causante era comerciante,

y luego se pensionó; que MARÍA OFELIA PINILLA era ama de casa; que estos como pareja siempre vivieron juntos; que el exánime falleció el 11 de octubre de 2015, previo a su deceso tuvo varias enfermedades, y estuvo cuatro o cinco años malito, con demencia, y muchos males; que visitaba a la pareja, en algunas ocasiones fue a su casa, salían de paseo, acompañaba a MARÍA OFELIA PINILLA a reclamar la pensión del causante, porque este ya no podía; que MARÍA OFELIA PINILLA fue quien estuvo pendiente cuando el causante estaba hospitalizado, se quedaba con él y en la casa, siempre lo cuidaba; que los gastos del hogar estaban a cargo del difunto Eduardo, pues MARÍA OFELIA PINILLA era ama de casa con algunas enfermedades, y el hijo estudiaba y era menor de edad para tal época; que los cumpleaños y en general reuniones familiares, el causante las celebraba con la familia de MARÍA OFELIA PINILLA; que en una ocasión se fue con la pareja de paseo y siempre fue con la familia de MARÍA OFELIA PINILLA; que después de que el causante falleció, como vivían en arriendo, a MARÍA OFELIA PINILLA le toca irse a Chiquinquirá, y ha estado viviendo en varios lados; que MARÍA OFELIA PINILLA tiene problemas respiratorios, tiene que andar con bala de oxígeno, la salud es bastante delicada; que las exequias según le comentó MARÍA OFELIA PINILLA, las pagó una de las hijas; que en las exequias aparecía el nombre de MARÍA OFELIA PINILLA, luego, Wilson y otras 3 mujeres, 2 eran hijas, la otra persona no sabe; que le he colaborado en ocasiones económicamente a MARÍA OFELIA PINILLA, y con mercado; y que a MARÍA OFELIA PINILLA también le ha colaborado el Padre Alberto, los hermanos, y el hijo, porque ella no tiene ningún ingreso económico.

Finalmente, **Alberto Sanabria Parra** explicó que era Sacerdote; que conoció al causante en 1990, cuando el cuñado de él, Freddy, era seminarista; que como dos años conoció a MARÍA OFELIA PINILLA, y después se enteró que era pareja del causante; que la pareja vivía en el barrio Boíta en el sector Moravia 2; que visitaba frecuentemente a la familia de la pareja,

inclusive bautizó al hijo de ellos, Wilson; que el causante falleció en el 2015 o 2016; que el exánime tenía una limitación al caminar, y MARÍA OFELIA PINILLA tuvo que luchar mucho porque tenía demencia o alzhéimer; que nunca averiguó por la intimidad de la pareja, pero él trabajaba por ella y por Wilson; que cuando el difunto falleció fue terrible, MARÍA OFELIA PINILLA vendía empanadas en la parroquia, y le ayudó con mercados; que MARÍA OFELIA PINILLA está fuera de Bogotá; que el causante era comerciante, y luego estaba pensionado; que siempre que iba a la casa o alguna celebración de la familia del causante, lo veía con MARÍA OFELIA PINILLA y con Wilson; y que el causante duró enfermo con varias limitaciones; que no vio que se separara la pareja, siempre vio un hogar estable y permanente.

Pues bien. Revisado el material probatorio se tiene que el señor Eduardo García Gutiérrez falleció ostentando el status de **pensionado**, encontrándose conforme a la testimonial narrada que está acreditada la convivencia en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020, esto es, una conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia real y efectiva, y que se encontraba vigente para el momento de la muerte del señor García Gutiérrez, pues de las declaraciones rendidas en el proceso -que valga decir se observan espontáneas, coherentes e hilvanadas, y dieron cuenta clara de las circunstancias de tiempo modo y lugar por las cuales conocieron los hechos relatados- se extrae que el causante vivió con la señora MARÍA OFELIA PINILLA un mínimo de 25 años hasta el fallecimiento del primero, tiempo en el que convivían bajo el mismo techo y construían su proyecto de vida, por demás que según tales declarantes, compartían en diversos escenarios como pareja, fue MARÍA OFELIA PINILLA quien acompañó al causante en su etapa de convalecencia, compartían todo el tiempo juntos, y nunca se separaron durante el tiempo de convivencia aludido. En todo caso, por iguales razones también se encuentran acreditados los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2017-00640-01

Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

cinco años de convivencia requeridos por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 2021.

Por lo antes expuesto la Sala comparte en su totalidad el fallo de la primera instancia, quedando pendiente por verificarse la fecha de reconocimiento de la prestación, si operó el fenómeno prescriptivo, y si hay lugar a indexación, en atención a la Consulta que se surte en favor de la entidad de pensiones.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento**, en consideración a que el fallecimiento del causante acaeció el 11 de octubre de 2015, la fecha advertida por el A Quo para el inicio del reconocimiento de la prestación a partir de dicha data es acertada, por lo que tal condena se confirmará.

En cuanto a la **prescripción**, es necesario advertir que la señora MARÍA OFELIA PINILLA BONILLA nunca presentó solicitud pensional, y su vinculación se presentó en el proceso como consecuencia de su llamado como tercera excluyente de modo que solo es dable considerar que la actora interrumpió el fenómeno extintivo cuando pretendió la prestación, lo que ocurrió con el escrito allegado al juzgado de primera instancia el **30 de agosto de 2019** (fl.108) , pues antes se tenía incertidumbre de que fuera su deseo acceder a la pensión que en vida dejó el causante.

En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 30 de agosto de 2016, se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción, esto es, las de julio de 2016 hacia atrás; recuérdese que según sentencia SL1011-2021 *“las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993”*, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL4464-2021, SL4330-2021 y CSJ SL4166-2021.

Por tanto, sería dable reconocer la prestación desde el 01 de agosto de 2016, no obstante, y como quiera que la prestación se reconoció el 16 de agosto de 2016, y la parte actora no presentó apelación sobre tal tópico, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* y de la Consulta que se atiende en favor de la demandada, dicha condena no se modificará.

Finalmente, en cuanto a la **indexación**, la Sala considera que hay lugar a ordenar el reconocimiento de las mesadas que se causen desde el 16 de agosto de 2016, debidamente indexadas, al verse sometidas a la pérdida del poder adquisitivo (SL194-2019 y SL3397-2020).

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VI. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VII. 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 - 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2017-00640-01

Demandante: **AURA MARÍA BARRERA VACA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA** promovió contra **COLSE LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo del 21 de julio de 2015 al 21 de enero de 2016; que sufrió dos accidentes de trabajo; y que su contrato terminó de manera ilegal y/o ineficaz, pues se encontraba en situación de debilidad manifiesta por su condición de salud. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro al cargo que desempeñaba al momento en que se dio por terminado su contrato de trabajo, o a uno de mejor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

categoría; indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Ingresó a laborar en COLSE LTDA., mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, a partir del 21 de julio de 2015, para desempeñar el cargo de Técnico Electricista; contrato que se fue prorrogando hasta el 21 de enero de 2016; **2)** Laboraba de domingo a domingo, de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., incluso días festivos; **3)** Prestaba servicios de manera personal, continua, y de forma subordinada, acatando órdenes de su empleador; **4)** Devengaba \$1'200.000; **5)** Debía realizar labores adicionales, tales como pintar paredes, estructuras, espacios, cambiar rodachinas de tejados, etc.; **6)** El 18 de agosto de 2015 sufrió un primer accidente, pues mientras pintaba y cambiaba una rodachina de un tejado corredizo, se resbaló y cayó de rodillas sobre un ángulo que ocasionó un daño en su rodilla derecha; ese mismo día fue atendido por su E.P.S. y se le dio una incapacidad de dos días; **7)** El 19 de agosto de 2015 ingresó a consulta externa a medicina general de su E.P.S. a través de la I.P.S. Cafam, oportunidad en la que lo enviaron por primera vez a fisioterapia; **8)** El 26 de agosto de 2015 se le diagnosticó con una contusión de la rodilla, dejando como plan a seguir, ocho sesiones para manejo del dolor; **9)** El 17 de septiembre de 2015, ingresó nuevamente por consulta externa a la I.P.S., en donde lo remitieron a ortopedia y traumatología, siendo atendido por tal especialidad el 25 de noviembre de 2015; **10)** El 28 de diciembre de 2015 se practicó resonancia magnética de la rodilla derecha, la que arrojó como resultado *“Desgarro Complejo del Menisco Medial, Desgarro Horizontal del Menisco Lateral, Lesión Grado I del Complejo Estabilizador Medial, Lesión Condral de la Pataleta Descrita y Quiste de Baker”*; **11)** El 05 de enero de 2016 sufrió un segundo accidente, el que afectó los dedos de la mano derecha sin daño en uñas, siendo atendido por AXA Colpatria, con una incapacidad de cinco días; **12)** Una vez regresa a laborar, su empleador le hace entrega de una carta donde se le comunica que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

su contrato no le será prorrogado; **13)** Sigue presentando dolores y molestias en su rodilla derecha, así como continua con chequeos médicos; **14)** El 25 de enero de 2016, Medicina Ocupacional estableció que su egreso no es satisfactorio; **15)** El 16 de agosto de 2016 se le practicó cirugía de rodilla; y **16)** Llamó al demandado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin que se lograra un acuerdo con aquel.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLSE LTDA. (fls. 66 a 72), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta al principio de buena fe por el trabajador, y trabajador no se encuentra en situación de discapacidad.

Aceptó que el actor ingresó a laborar mediante contrato a término fijo el 21 de julio de 2015, desempeñando el cargo de Técnico Electricista; que el demandante prestaba sus servicios de manera personal, acatando sus órdenes; que el contrato de trabajo culminó el 21 de enero de 2016; que el actor devengaba \$1'200.000; que el 28 de diciembre de 2015, el demandante reportó un accidente de trabajo a AXA Colpatria, en virtud de lo cual le dieron cinco días de incapacidad; y que fue citado ante el Ministerio de Trabajo, empero, no se logró arribar a ningún acuerdo. No aceptó los demás hechos.

Indicó que no se reportó ningún tipo de accidente laboral el 14 de agosto de 2015, por el contrario, se verifica que sólo hasta el 18 del mismo mes y año, el actor buscó atención médica; que la única incapacidad por accidente laboral que tuvo el actor fue por el término de cinco días; que al momento de terminar el contrato de trabajo el actor no estaba incapacitado; y que el actor no presenta pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 15%, para considerar que es sujeto de especial protección por su condición de salud.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de sentencia del 01 de febrero de 2022, en la que declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre las partes, cuya duración se dio entre 21 de julio de 2015 y el 21 de enero de 2016; que el suceso ocurrido el 05 de enero de 2016 fue un accidente de trabajo; y absolvió de las demás pretensiones.

En síntesis, refirió la A Quo, que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 21 de julio de 2015 al 21 de enero de 2016; que frente al suceso del 05 enero de 2016, existe documental que permite establecer que el siniestro que tuvo el trabajador fue un accidente de trabajo, no siendo así con el del 18 de agosto de 2015, pues no se logra determinar con certeza que el accidente fue consecuencia de las labores que ejecutaba el demandante a cargo de la sociedad demandada, ya que el único testigo compareciente no laboró para la empresa accionada y, por ende, no tiene conocimiento directo de tal circunstancia; que si bien está acreditado que el empleador conocía de la condición de salud del actor, y que este estaba acudiendo a diversas citas médicas y terapias, no se encuentra acreditado que para el 21 de enero de 2016, tuviera pérdida de capacidad laboral del 15%, pues el dictamen que se allegó tiene como fecha de estructuración el 24 de noviembre de 2020; y que aunado a lo anterior, al momento del finiquito contractual, el actor únicamente tenía una incapacidad de cinco días.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que no se explica por qué la decisión se apartó de los postulados jurisprudenciales de la sentencia C-200 de 2019 y SU-049 de 2017, pues conforme a estas providencias no se protege únicamente a quienes presentan un porcentaje de pérdida de capacidad laboral calificado, sino

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

también a quienes se les dificulta el desempeño de sus funciones en condiciones regulares, y que por este hecho pueden ser objeto de tratos discriminatorios; que en ese orden, para despedir al trabajador se debía contar con autorización del Ministerio de Trabajo; que en estos casos se invierte la carga de la prueba y a quien le corresponde acreditar que la causal objetiva de terminación del contrato de trabajo es al empleador, lo que no se demostró; que la carta de despido es del 08 de enero de 2016, fecha en la que el actor se encontraba en incapacidad, y de ser entregada el 12 del mismo mes y año, tampoco se lograría cumplir con el término de preaviso de 15 días (sic) que exige la norma para dar por terminada la relación laboral; que por lo anterior, la causal de la terminación del contrato es ilegal; que para el momento del despido está acreditado que el actor presentaba un quebranto de salud en su mano y rodilla derecha; que está demostrado que el empleador conocía los quebrantos de salud de su trabajador, pues así quedó sentado en interrogatorio de parte; que de no darse la anterior interpretación se estaría vulnerando el artículo 53 constitucional; y que del interrogatorio de parte del actor se logra desprender que sigue cesante.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por 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.

V. 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 la terminación del vínculo laboral alegado por la demandante es ineficaz en consideración a que gozaba de estabilidad laboral reforzada.

De la estabilidad laboral reforzada en estado de debilidad manifiesta por razones de salud.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 ejusdem consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

De otro lado la misma Corporación en sentencias del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845 y SL11411-2017, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como *“hecho notorio”*, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso.

Y recientemente la misma Corporación en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021 reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

“En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el

conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización”. (Negrillas por la Sala).

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia SL711-2021, en la que dispuso:

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales”.

DEL CASO EN CONCRETO

Se encuentra probado en el proceso o no existe controversia en cuanto a los siguientes hechos: **i)** La vinculación mediante contrato de trabajo del demandante con la demandada a partir del 21 de julio de 2015, a término fijo (fl. 11); **ii)** La terminación del contrato de trabajo el 21 de enero de 2016 (fls.12 y 82); **iii)** Desde el 18 de agosto de 2015 el demandante empezó consultar con la I.P.S. Cafam por presentar dolores en su rodilla (fls. 16 a 19); **iv)** Al actor se realizó resonancia magnética de rodilla derecha el 28 de diciembre de 2018 (fl. 20); **v)** El 05 de enero de 2016 el actor presentó un accidente de trabajo “*contusión de dedo(s) de la mano, sin daño en la(s) uña(s)*” (fls.21 a 25 y 83); **vi)** El 16 de agosto de 2016, al actor se le realizó cirugía “*artroscopia de rodilla derecha*”, y sigue en tratamientos con ortopedia y traumatología por presentar dolencias (fls.26 a 49); y **v)** La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca determinó que el actor prestaba una pérdida de capacidad laboral del **34,20%** de origen común, con fecha de estructuración 24 de noviembre de 2020 (fls. 177 a 180).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 11 a 49, 80 a 122, y 177 a 180, al proceso compareció en calidad de testigo, el señor **Ernesto López**, quien manifestó que conoce al actor hace 50 años; que no ha trabajado para COLSE LTDA.; que el actor es técnico electricista y trabajó para COLSE LTDA; que no sabe cuánto tiempo laboró el demandante en COLSE LTDA.; que el actor le contó que estaba trabajando y lo despidieron, así como que había presentado varios accidentes pequeños en la empresa; que el último accidente que le comentó el actor es que se había resbalado y se había pegado en una rodilla; que el accionante años atrás no había presentado discapacidad que le impidiera caminar; y que el demandante no ha trabajado en otra entidad después de que lo despidieran de COLSE LTDA, puesto que estuvo en muletas, y con problemas de rodillas.

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, considera la Sala, en primer lugar, que no obra una prueba contundente de la que se pueda establecer que el demandante contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% al momento en que terminó su relación laboral - 21 de enero de 2016-.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que el accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% para el 21 de enero de 2016, ya que, **i)** Si bien en la historia clínica se narra que el actor presentaba al momento de la terminación de su contrato de trabajo patologías tales como, contusión de la rodilla, desgarró complejo del menisco medial, desgarró horizontal del menisco lateral, lesión grado I del complejo estabilizar medial, lesión condral de la patea descrita, quiste de Baker, así como una contusión en dedos de la mano (fls. 17 a 28), en ninguno de los estudios efectuados al actor para la calenda referida, se logra determinar que la patología que padece sea de tal gravedad que alcance un 15% de pérdida de capacidad laboral; y **ii)** Si bien en el dictamen emanado de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca se establece un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 34,20%, lo cierto es que en el mismo se toma como fecha de estructuración el 24 de noviembre de 2020, esto es, de 4 años, 10 meses, y 4 días, luego de finalizar la relación laboral con el demandado, por lo que no es posible establecer con certeza que si dicha pérdida o algún grado de ella se remonta a la época en que el actor prestó sus servicios a favor del demandado; en suma, para determinar la pérdida de capacidad laboral se tuvieron en cuenta estudios del 22 de febrero de 2018, 19 de agosto de 2020, y 03 de diciembre de 2020, que son posteriores a la fecha de terminación del contrato de trabajo, y en ellos, se concluye: *“se conoce que las artrosis tricompartmentales son de muy larga data, es decir, requieren de*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

un tiempo de evolución prolongado y al ser bilaterales no devienen de un evento agudo, son por tanto patologías de origen común”.

En síntesis, no desconoce la Sala ser cierto que la historia clínica del actor y los dictámenes de pérdida de capacidad laboral brindan elementos que permiten conocer las patologías, tratamientos y terapias a las que se sometió el actor al menos desde el año 2015; pero también lo es que de dichos elementos de prueba no es posible inferir, directamente por el operador judicial, una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral *distinta* a la hallada por las entidades calificadoras y menos aún, que un porcentaje de al menos un 15% de esa pérdida estuviese estructurado para la fecha de fenecimiento del vínculo. Para ello se requiere de un instrumento médico, técnico y científico que permita constatar la forma en que evolucionaron sus dolencias; 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; y como en el presente asunto no existe un medio de convicción apto con las aludidas cualidades, no es posible concluir ni un porcentaje, ni una fecha probable y científicamente segura de la pérdida de capacidad laboral *que contrapruebe en forma distinta a lo que estableció el dictamen emitido por las Juntas de Calificación* los cuales - se insiste -, no fueron controvertidos en el asunto puesto bajo conocimiento de la jurisdicción, advirtiéndose además que de ninguna prueba se desprende la notoriedad de un estado de salud delicado del actor para el momento de la terminación del vínculo, y que de declaración del testigo traído al proceso nada distinto a lo ya señalado se desprende, pues se trata de un testigo de oídas del que no se puede extractar una eventual gravedad del estado de salud del demandante para la fecha de terminación de su contrato de trabajo.

Al respecto, recuérdese que conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las providencias SL5181-2019, SL2237-2021, SL418-2021, -

criterio al que se acoge la Sala-, se debe demostrar que la discapacidad ostenta un grado significativo, en esa dirección, se puede acudir a los distintos medios de prueba habilitados por el legislador, y si bien no es imperativo contar con una calificación formal al momento de la terminación del contrato de trabajo para que haya lugar a la protección, debe figurar alguna otra prueba en el proceso que dé cuenta que el trabajador padecía de una limitación en grado severo o profundo para el momento del despido, prueba que debe ir más allá del propio dicho del trabajador.

A lo anterior se suma que no es dable asimilar la situación de discapacidad con la limitación física de una persona, pues aquella se refiere concretamente a la relación de dicha deficiencia con el entorno que rodea a quien la presenta, sobre lo cual, como se anotó, se evidencia que la limitación aducida por el actor no le impedía la normal ejecución de sus funciones laborales, así como también se desvirtuó que aquella estuviera inexorablemente ligada a la finalización del contrato; se resalta: la sola existencia de una limitación de salud no conlleva a considerar automáticamente que el despido sea un acto discriminatorio.

En ese orden de ideas, reitera la Sala la imposibilidad de afirmar, de manera certera, que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presentaba el accionante fuera igual o superior al 15% al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues se carece de elementos de juicio que permitan concluir tal situación, de modo que en tales condiciones, no puede hablarse de discriminación en el despido basada en una disminución en la condición que configure la protección especial prevista en la Ley 361 de 1997.

Por lo demás, y para dar respuesta a otro punto de la alzada, debe decirse que si bien la Corte Constitucional ha considerado que la protección de la Ley 361 de 1997 opera ante cualquier contingencia en la salud de los trabajadores, así como del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

concepto de estado de debilidad manifiesta, esta Sala no comparte tal razonamiento, en razón a que la tesis actual y sostenida por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la cual constituye un precedente obligatorio para los jueces ordinarios laborales, es la que más se acompasa con la naturaleza jurídica del derecho reclamado, considerando que esa especial protección de la Ley 361 de 1997 está dirigida a ciertas personas determinadas, con verdaderos estados de discapacidad (SL3145-2021), señalando que en todo caso la disparidad de interpretaciones jurídicas de las leyes, entre una corporación y otra, por ningún motivo constituye un trato discriminatorio para las partes de un proceso, o una vulneración a derechos fundamentales, toda vez que tales criterios son fruto de una valoración normativa, fáctica y probatoria, en ejercicio de la autonomía e independencia que ostentan los jueces en sus decisiones (CSJ STL12807-2016).

Concretamente sobre el tópico en sentencia SL4825-2020, se expuso:

“(…)Bajo este horizonte, resulta claro que la protección laboral a la que alude el precepto 26 de la Ley 361/97, conforme a los derroteros jurisprudenciales de esta Sala, está encaminada a aquellas personas que acrediten una discapacidad en un grado significativo, debiendo cumplirse las siguientes hipótesis: i) Que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) Que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) Que el empresario despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) Que la empresa no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

En esa medida, no basta entonces que el trabajador se encuentre en un estado de debilidad manifiesta para que de manera automática sea beneficiario o acreedor de la estabilidad laboral reforzada a la que alude el referido precepto legal, como equivocadamente lo adujo el juez colegiado (...)

Fuerza concluir entonces, que el Tribunal incurrió en los yerros jurídicos endilgados al hacer una equivocada hermenéutica del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo el criterio doctrinal de la Corte Constitucional en la aplicación de dicho precepto, desconociendo así la línea de pensamiento de esta Sala, a la que se ha hecho mención en precedencia, lo que es suficiente para que el cargo resulte fundado y conduzca al quiebre del fallo fustigado”. (Negrillas por la Sala).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

Finalmente, para resolver el restante punto de la alzada en el que se argumenta que el preaviso no se presentó en término, pues el contrato finalizó el 21 de enero de 2016, y se entregó el 08 o 12 de enero de 2016, debe decirse en primer lugar que en efecto, le asiste razón a la activa en que no se cumplió el término de preaviso para dar por terminado el contrato de trabajo, pues este, de conformidad con el artículo 46 del C.S.T., se debió presentar con una antelación no inferior a 30 días; no obstante, la consecuencia de tal omisión no es el reintegro del trabajador que fue lo que se pretendió en la demanda, sino una indemnización por despido consistente en *“el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; indemnización que no se pretendió de forma principal ni subsidiaria, por lo que, la Sala está vedada para efectuar su reconocimiento.*

Sobre el punto, se rememora que, las facultades ultra y extra petita, se delegaron en cabeza de los jueces de única y de primera instancia, quienes son los llamados a utilizarlas, por regla general, en tanto, el juzgador de alzada tan solo podrá hacerlo de manera excepcional, cuando la omisión del a quo en su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados. (ver entre otras la SL4487-2021)

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2018-00054 -02
Demandante: LUIS GILBERTO HORTUA VALBUENA.
Demandado: COLSE LTDA.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.
Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 PORVENIR S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 03 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el 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., y de su posterior traslado a PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, tales como, cotizaciones, bonos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

pensionales, rendimientos, y demás valores causados con motivo de la afiliación; y que COLPENSIONES reciba sin dilación alguna al accionante, y actualice su historia laboral.

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 (archivo 02 de la carpeta 04), 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 la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política); cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 02 de la carpeta 04), 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 prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

Finalmente, mediante auto del 27 de mayo de 2021, se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 07).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 03 de febrero de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado por el actor, que se hizo efectivo el 14 de diciembre de 1998 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.; ordenando a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; condenando a PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante, durante el término que estuvo afiliado a aquel, por concepto de gastos de administración, comisiones incluidas las primas de seguros previsionales, realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; y ordenando a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante. Condenó en costas a las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A., adujo que no es dable acceder a la devolución de gastos de administración y reaseguro, por cuanto son descuentos autorizados por la ley, opera en ambos regímenes, el actor obtuvo rendimientos, los aportes fueron debidamente administrados, y se está constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES pues

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

en adición de los rendimientos recibe un valor que es fruto de su buena gestión; que los rendimientos financieros son fruto de su gestión, de modo que, al retrotraerse las cosas a su estado anterior, no debieron nacer a la vida jurídica, y por ende tampoco deberían quedar en cabeza de COLPENSIONES; que se pretende deshacer un contrato de seguros, pese a que era obligación la contratación de este y la aseguradora ni si quiera hizo parte del proceso; y que opera frente a estos porcentajes el fenómeno de prescripción, puesto que son de tracto sucesivo, no financian la pensión, y no busca el acceso a la prestación pensional.

COLPENSIONES afirmó, que no existió un error de hecho sino de derecho, que fue subsanado por la vocación de permanencia del actor al R.A.I.S.; que el deber de información ha variado con el paso del tiempo, y para la época no se hablaba de comparaciones ni de proyecciones, por demás que al actor le faltaban más de 19 años para adquirir su pensión al momento del traslado; que además solicitó su traslado estando a menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que también hubo negligencia del actor para conocer sus condiciones de pensión; que al ser COLPENSIONES la entidad que debe reconocer la pensión, se vería afectado el principio de sostenibilidad financiera; y que el actor no es afiliado lego y no existió presión para firmar el formulario de afiliación.

PORVENIR S.A., adujo que el deber de información no genera ineficacia, pues la única norma que habla de esta, es cuando se presentan conductas dolosas del empleador o de un tercero para lograr la afiliación de una persona, lo que no se acreditó en juicio, pues el actor afirma que firmó de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación; que no es dable hacer interpretaciones adicionales, lo que se debe verificar es si se presentó algún tipo de engaño; que el actor recibió asesoría en aspectos propios del régimen de ahorro individual, tales como, bonos pensionales, régimen de transición, y derecho de retracto, por lo que al no hacer uso del traslado estaba conforme con su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

régimen y, por ende, ratificó su afiliación; que no es justo que la carga de la prueba recaiga en las A.F.P.'s pues se tienen obligaciones recíprocas, el actor debía informarse y corroborar la afiliación que se le suministró, más aun si se tiene en cuenta que era profesional; que si la voluntad del actor era la situación del I.S.S., pudo posteriormente pedir a COLPENSIONES, al ver su creación, su traslado; y que de los gastos de administración se desconoce la naturaleza jurídica pues es su deber cobrarlo por el cuidado de los dineros que recibió, de modo que se generaría con su devolución un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril 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 la parte actora, COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., 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, recordando que además en virtud del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

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 el demandante del Régimen de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.
Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

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:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN 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 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

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.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

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 nullos 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).

Posteriormente en cuanto a 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

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.

(...)

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.

Y en la sentencia SL1217-2021, **en relación con el derecho de retracto**, la Sala de Casación Laboral indicó, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

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)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de enero de 1982 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral visible en la carpeta 04; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 14 de diciembre de 1998 (fl.50 del archivo 1); **iii)** Se trasladó dentro del Régimen de Ahorro Individual a PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 2001 (fl.51 del archivo 1); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 12 de febrero de 2018, ante PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. y el 13 de abril de 2018 ante COLPENSIONES, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 36 a 49 y 52 a 61 del archivo 1).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

A folio 50 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 14 de diciembre de 1998 con DAVIVIR, 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 toda 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 el demandante en su interrogatorio de parte, dado que del mismo no es viable derivar una confesión, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar y que sus aportes se podrían perder; luego, de tales manifestaciones, no pueden derivarse consecuencias adversas para éste.

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 al señor MARTÍNEZ GIRALDO en el traslado que éste realizó el 14

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

de diciembre 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 la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

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 del 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 del demandante, esto es, **PORVENIR S.A.**, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del 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 que se considera acertada la condena impuesta por la A Quo, consistente en devolver los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, costos de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

Frente a la **indexación**, 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.

Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**

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

Por las mismas razones, se considera acertada la condena impuesta a **PROTECCIÓN S.A.**, quien ciertamente está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima y comisiones, debidamente indexados, tal y como lo advirtió 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 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00307 -01.
Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

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 PROTECCIÓN S.A. No se imponen a COLPENSIONES, como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

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 PORTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 05-036-2018-00307 -01.
Demandante: **VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ GIRALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., respectivamente.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Víctor Manuel Martínez Giraldo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**036-2018-00807-01**

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: **605cd88f6fac91c721cf552909bdf72cdee5dbfe7502cde834b2a5a92594bfc7**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:32 AM

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

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 la parte actora y de la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS** promoviese contra **COLPENSIONES Y CHEVRON PRETROLEUM COMPANYY**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la reliquidación de su pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, liquidada sobre toda la vida laboral y teniendo en cuenta los tiempos laborados a la CHEVRON PETROLUEM COMPANYY, a partir del 29 de junio de 2010. Igualmente, solicita intereses moratorios.

En subsidio, solicita la reliquidación pensional teniendo en cuenta los aportes hechos a COLPENSIONES durante toda la vida laboral, a partir del 29 de junio de 2010.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 28 de junio de 1950; **2)** Mediante Resolución 124557 del 14 de octubre de 2010 le fue concedida pensión de vejez desde el 10 de octubre de 2010 en cuantía de \$2'262.740; dicha prestación se reconoció teniendo en cuenta 1043 semanas, y una tasa de reemplazo del 75%; **3)** El 01 de octubre de 2012 solicitó reliquidación pensional, a la que se accedió 1239 semanas y una tasa de reemplazo del 87%; **4)** El 04 de agosto de 2016 solicitó corrección de historia laboral para que se incluyeran los tiempos laborados en la CHEVRON PETROLEUM COMPANY del 29 de septiembre de 1980 al 01 de enero de 1984; **5)** El 18 de abril de 2016, la CHEVRON PETROLEUM COMPANY indicó que sólo era su obligación efectuar aportes al I.S.S. desde 1993, fecha en que fue llamada a aportar; **6)** El 05 de julio de 2018 solicitó la reliquidación de su pensión, no obstante, se negó mediante Resolución SUB 198055 del 25 de julio de 2018; **7)** Interpuso recurso de apelación, empero, a través de la Resolución DIR 18331 del 12 de octubre de 2018 se confirmó el acto administrativo inicial; y **8)** El 11 de febrero de 2019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, sin que a la fecha se hubiere efectuado nuevo pronunciamiento.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

COLPENSIONES (fls. 183 a 188), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad; compensación; cosa juzgada; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir; cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago de I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; buena fe; y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso que las pretensiones están encaminadas a la declaratoria de un contrato de trabajo para lograr el pago de aportes a pensión, por lo que no es el llamado a asumir cualquier responsabilidad que surja de tal obligación patronal; y que la pensión se liquidó teniendo en cuenta el salario y los aportes señalados por cada uno de los empleadores que tuvo el actor.

CHEVRON PETROLEUM COMPANY (fls. 328 a 342), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción, y las demás que se demuestren.

Expuso que no ha habido omisión de su parte en el pago de los aportes a pensión del actor, pues en la época en que este prestó sus servicios a la compañía, el I.S.S. aún no lo había llamada a inscripción; que el llamado a inscripción de empresas petroleras se hizo a finales de 1993; que para la época en que el actor prestó sus servicios, no se tenía la obligación de realizar aprovisionamiento de los cálculos actuariales de sus trabajadores; que en caso que se imponga condena, le corresponde únicamente el 50% del cálculo actuarial, pues al trabajador le corresponde un 25%, y al Estado a través de Colpensiones, también, según se dispuso en sentencia T-281 de 2020.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 07 de marzo de 2022, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y CHEVRON PETROLEUM COMPANY existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 29 de septiembre de 1980 y que tuvo su vigencia hasta el 01 de enero de 1984.

SEGUNDO: CONDENAR a CHEVRON PETROLEUM COMPANYY a cancelar a favor de la demandante y ante COLPENSIONES, el cálculo actuarial por el tiempo que no estuvo afiliado al sistema general de pensiones laborado a su servicio, esto es, el comprendido entre el 01 de septiembre de 1980 y el 01 de enero de 1984, para el efecto de la liquidación de dicho cálculo actuarial se tendrá en cuenta las siguientes asignaciones salariales:

- 1984, \$89.565.
- 1983, \$76.787.
- 1982, \$61.910.
- 1981, \$48.995.
- 1980, \$38.774

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda a hacer la respectiva liquidación del cálculo actuarial que deberá ser pagado por CHEVRON PETROLEUM COMPANYY, y una vez se reciba el pago correspondiente proceda a reliquidar la pensión de vejez del actor, teniendo en cuenta estos aportes efectuados, fijando para el efecto como mesada pensional a partir del 01 de julio de 2010, una primera mesada de \$2'553.619, y no el valor reconocido para el momento, \$2'345.143.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al actor las diferencias pensionales causadas efectivamente desde el 05 de julio de 2015 y hasta el momento efectivo de su inclusión en nómina y pago debidamente indexados, mesada pensional a la cual se le harán los incrementos anuales que ha dispuesto el Gobierno Nacional hasta su inclusión en nómina con el valor que corresponda a este momento de inclusión.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar de dicho retroactivo los correspondientes aportes a la seguridad social en salud.

SEXTO: CONDENAR en costas a CHEVRON PRETROLEUM COMPANYY, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 3 SMLMV para el año 2022, y no condenar en costas a favor ni en contra de COLPENSIONES.

En síntesis, refirió que está acreditado que el demandante laboró en la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY entre el 29 de septiembre de 1980 y el 01 de enero de 1984, según certificación allegada al plenario; que al no acreditarse el salario del demandante hay lugar a la deflactación del último salario para determinar el valor de los salarios de 1980 a 1983, lo que se realiza atendiendo los principios de equidad e igualdad; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia le correspondía al empleador hacer las correspondientes reservas para pagar los respectivos aportes a pensión, según la Ley 90 de 1946, por lo que, es dable el reconocimiento del cálculo actuarial; que teniendo en cuenta los tiempos laborados por el actor a la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY, así como que tiene más de 1250 semanas, es dable reliquidar la pensión de este con base en

toda la vida laboral; que se deben tener en cuenta todos los aportes que el trabajador tuvo durante toda su vida laboral; que la suma resultante es de \$2'553.619, suma superior a la que le fue reconocida al actor, por lo que, procede el correspondiente reajuste pensional; que no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que la inclusión de aportes se determina hasta esta sentencia, de modo que, lo que resulta procedente es el pago de las diferencias que resulten debidamente indexadas; y que operó la prescripción de las diferencias anteriores al 05 de julio de 2015, pues se reclamó este reajuste el mismo día y mes de 2018.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

LA PARTE ACTORA expuso, que la pensión que se solicita es con el Acuerdo 049 de 1990, de modo que para calcular el monto de la mesada pensional, no es dable incluir tiempos públicos, de modo que, estos no se debieron tener en cuenta al momento de liquidar la pensión; que lo anterior en virtud del principio de la condición más beneficiosa; y que se debe revisar el valor resultante de la mesada pensional.

EL DEMANDADO CHEVRON PETROLEUM COMPANYY, adujo que no tuvo ninguna omisión en el pago de cotizaciones de la seguridad social, pues para la época en que laboró el actor, la empresa no había sido llamada a inscripción, por lo que, no era posible efectuar el pago de aportes a pensión; que para aplicar la Ley 100 de 1993, debía estar vigente la relación a la entrada en vigor de esta; que si se acepta la tesis del A Quo, la H. Corte Constitucional en sentencia T-281 de 2020, ha señalado que es dable pagar los aportes en un 50% a cargo de la empresa, 25% por el trabajador y 25% por COLPENSIONES.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio 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 la parte actora y POR CHEVRON PRETROLEUM COMPANYY, 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 S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, y que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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 a ordenar el reconocimiento de un cálculo actuarial a cargo del empleador demandado pese a que para la época de la relación laboral que tuvo con el actor no había sido llamado a inscripción por parte del I.S.S.; y si se encuentra reconocida en debida forma la pensión de vejez a favor del accionante.

De las obligaciones a cargo de los empleadores, derivadas de la seguridad social en pensiones, a pesar de la falta de llamado a inscripción.

Sobre el tema planteado, ya la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse, señalando que los tiempos no subrogados por falta de llamado a inscripción, deben ser computados y tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que en primer lugar el empleador tenía la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, y en segundo lugar, por

cuanto tales tiempos tienen incidencia jurídica frente al Sistema General de Pensiones, en atención a la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social. En sentencia SL1356-2019, se señaló lo siguiente:

“Con ese objeto, conviene señalar que a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Ello implica que en los periodos no cotizados por falta de cobertura, son ellos –los empleadores- quienes asumen a través de un cálculo actuarial las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.

Esta tesis se reiteró recientemente en la sentencia CSJ SL5535-2018, en la que se enseñó:

(...) Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 (...) y, desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social”.

De esta manera, el empleador está en la obligación de reconocer el pago del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, por aquellos lapsos de tiempo en los que el trabajador le sirvió, sin que importe si se había iniciado la cobertura de la afiliación.

En lo que refiere al alcance de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, se destaca que conforme a estos, los empleadores tienen la obligación de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró, y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del I.S.S., no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del C.S.T. En la sentencia SL2879-2020, se expuso:

“Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del ISS. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que el ISS asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela a dicha entidad en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no hubiera presencia del ISS; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto”.

Así mismo, es necesario rememorar que cuando la relación laboral que se alega es anterior a la Ley 100 de 1993, esa situación no exime al empleador del pago del cálculo actuarial porque *“el derecho a la pensión de carácter fundamental, se garantiza sin afectar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones”* (SL3937-2018 y SL1720-2022).

Del caso concreto.

No son motivo de controversia o están probados los siguientes hechos: **i)** El nacimiento del demandante el 28 de junio de 1950 (fl. 12); **ii)** El vínculo laboral entre el actor y la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY del 29 de septiembre de 1980 hasta el 01 de enero de 1984, con un último salario de \$89.565 (fl.370); **iii)** El llamado a inscripción del I.S.S. a las empresas que realizaban actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados mediante la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 (fls. 371 y 372); **iv)** El reconocimiento de una pensión de vejez a favor del actor con base en el Acuerdo 049 de 1990 mediante Resolución 124557 del 14 de octubre de 2010, a partir del 01 de octubre de 2010; prestación además reliquidada mediante la Resolución GNR 292483 de 2013, estableciéndose como valor de la mesada la suma de \$2'345.143 (fls. 22 a 34); **v)** La solicitud de reliquidación de la pensión efectuada el 05 de julio de 2018, así como su negativa mediante la Resolución SUB 198055 del 25 de julio de 2018 (fls. 36 a 48), que fue confirmada mediante Resolución DIR 18331 del 12 de octubre de 2018 (fls. 49 a 55).

Pues bien. Evaluado el material probatorio arrojado al proceso, es menester destacar que está demostrado de manera suficiente la relación laboral entre el actor y la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY del 29 de septiembre de 1980 hasta el 01 de enero de 1984, con un último salario de \$89.565 (fl.370); por lo que, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia citada (SL1356-2019, SL2879-2020, SL3937-2018 y SL1720-2022), es dable endilgarle a dicho empleador el pago de los correspondiente cálculo actuarial, como quiera que era su obligación realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró, según los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946.

En lo que respecta a la inconformidad del apoderado de CHEVRON PETROLEUM COMPANYY que se hizo consistir en que

el pago del cálculo actuarial se ordene teniendo en cuenta únicamente el porcentaje que le correspondía al empleador, basta con señalar que el entonces empleador no acreditó en el de autos, que durante la vinculación laboral del demandante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin - siendo el empleador el obligado a recaudarlos - como tampoco que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia este, pues si bien el llamado de afiliación para los trabajadores de la industria petrolera se dio con la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo que como se vio no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador únicamente, como lo estableció el Juez de Primera Instancia, por lo que la condena en tales términos se confirmará.

En este punto, se hace necesario advertir que si bien en sentencia T-281 de 2020, en aplicación del principio de equidad, se determinó que *“Habida cuenta que las cotizaciones necesarias para que el actor acceda al derecho deben pagarse, a efectos de que la administradora de pensiones encuentre soporte financiero para el reconocimiento de la prestación, ampliando lo dispuesto por la Sentencia T-435 de 2014, se establecerá una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época, se aporten 523,57 semanas, de las 596 trabajadas con la accionada, en la forma tripartita indicada por los artículos 16 de la Ley 90 de 1946 y 33 del Decreto 3041 de 1966. Con esto, el empleador deberá cancelar un 50%, el trabajador un 25% y el Estado –representado por Colpensiones– otro 25%. Así, la Corte busca, por un lado, dar cumplimiento a la regulación de la época y, por otro, cobrar al Estado una parte de la cuota, lo cual se corresponde con un sentido de justicia si se asume que el causante de la omisión de que trató el capítulo quinto fue el ICSS”*; lo cierto

es que dicha sentencia tiene efectos *inter partes*, por lo que en tal sentido no ata a la justicia ordinaria en su especialidad laboral; en consecuencia la Sala se abstendrá de dar aplicación a dicha sentencia, y por el contrario, reitera que se atiende a lo que sobre la temática ha expuesto la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la **reliquidación de la pensión**, se hace necesario recordar que según sentencia SL1947-2020, reiterada en la SL1981-2020, es dable para el reconocimiento de la pensión de Acuerdo 049 de 1990, la sumatoria de tiempos públicos y privados, sumatoria que también procede a efectos de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión SL2557-2020, en la cual se expresó:

“Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante”.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión". (Negrillas por la Sala).

En ese orden de ideas, la razón le asiste al A Quo al incluir en la liquidación pensional los tiempos laborados por el demandante tanto en la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY como en el I.C.F.E.S., y no a la activa en su apelación, pues no es dable su exclusión, por demás que el principio de la condición más beneficiosa que solicita se aplique, es una institución jurídica por medio de la cual, frente a un cambio normativo, una disposición legal derogada del ordenamiento cobra vigencia para producir efectos jurídicos en una situación concreta, circunstancia que no acaece en el caso, pues no se discute la pérdida de vigor del Acuerdo 049 de 1990, y de contera, la aplicación de una norma anterior.

Así las cosas, procede el reconocimiento de la reliquidación de la pensión y de la mesada inicial, la que según las operaciones aritméticas de rigor asciende a la suma de **\$2'469.862,91**, suma inferior a la que señaló el A Quo, - \$2'553.619-, quien no incluyó en la liquidación los tiempos laborados por el accionante para el I.C.F.E.S. entre el 30 de octubre de 1972 y el 22 de julio de 1974. Igualmente, se precisa que se mantendrán los salarios hallados por el A Quo en el tiempo que el actor laboró para la CHEVRON PETROLEUM COMPANYY entre el 01 de septiembre de 1980 y el 01 de enero de 1984, al no haber sido objeto de apelación, así:

				Año 1970			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
26/05/70	31/05/70	6	1.290,00	43,00	\$ 258,00		
01/06/70	30/06/70	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/07/70	31/07/70	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/08/70	31/08/70	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/09/70	30/09/70	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/10/70	31/10/70	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/11/70	30/11/70	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

01/12/70	31/12/70	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
Total días		219			\$ 9.417,00	\$ 43,00	\$ 1.290,00

Año 1971							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/71	31/01/71	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/02/71	16/02/71	16	1.290,00	43,00	\$ 688,00		
Total días		47			\$ 2.021,00	\$ 43,00	\$ 1.290,00

Año 1972							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
30/10/72	31/10/72	2	1.860,00	62,00	\$ 124,00		
01/11/72	30/11/72	30	1.860,00	62,00	\$ 1.860,00		
01/12/72	31/12/72	31	1.800,00	60,00	\$ 1.860,00		
Total días		63			\$ 3.844,00	\$ 61,02	\$ 1.830,48

Año 1973							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/73	31/01/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
01/02/73	28/02/73	28	1.910,00	63,67	\$ 1.782,67		
01/03/73	31/03/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
01/04/73	30/04/73	30	1.910,00	63,67	\$ 1.910,00		
01/05/73	31/05/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
01/06/73	30/06/73	30	1.910,00	63,67	\$ 1.910,00		
01/07/73	31/07/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
01/08/73	31/08/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
01/09/73	30/09/73	30	1.910,00	63,67	\$ 1.910,00		
01/10/73	31/10/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
01/11/73	30/11/73	30	1.910,00	63,67	\$ 1.910,00		
01/12/73	31/12/73	31	1.910,00	63,67	\$ 1.973,67		
Total días		365			\$ 23.238,33	\$ 63,67	\$ 1.910,00

Año 1974							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/74	31/01/74	31	2.062,00	68,73	\$ 2.130,73		
01/02/74	28/02/74	28	2.062,00	68,73	\$ 1.924,53		
01/03/74	31/03/74	31	2.062,00	68,73	\$ 2.130,73		
01/04/74	30/04/74	30	2.062,00	68,73	\$ 2.062,00		
01/05/74	31/05/74	31	2.062,00	68,73	\$ 2.130,73		
01/06/74	30/06/74	30	2.062,00	68,73	\$ 2.062,00		
01/07/74	31/07/74	31	2.318,45	77,28	\$ 2.395,73		
01/08/74	31/08/74	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/09/74	30/09/74	30	2.430,00	81,00	\$ 2.430,00		
01/10/74	31/10/74	31	2.430,00	81,00	\$ 2.511,00		
01/11/74	30/11/74	30	6.252,00	208,40	\$ 6.252,00		
01/12/74	31/12/74	31	6.840,00	228,00	\$ 7.068,00		
Total días		365			\$ 35.608,47	\$ 97,56	\$ 2.926,72

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

				Año 1975			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/75	31/01/75	31	6.840,00	228,00	\$ 7.068,00		
01/02/75	28/02/75	28	6.840,00	228,00	\$ 6.384,00		
01/03/75	31/03/75	31	6.840,00	228,00	\$ 7.068,00		
01/04/75	30/04/75	30	6.840,00	228,00	\$ 6.840,00		
01/05/75	31/05/75	31	4.815,00	160,50	\$ 4.975,50		
01/06/75	30/06/75	30	4.410,00	147,00	\$ 4.410,00		
01/07/75	31/07/75	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/08/75	31/08/75	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/09/75	30/09/75	30	4.410,00	147,00	\$ 4.410,00		
01/10/75	31/10/75	31	4.410,00	147,00	\$ 4.557,00		
01/11/75	30/11/75	30	10.007,00	333,57	\$ 10.007,00		
01/12/75	31/12/75	31	10.200,00	340,00	\$ 10.540,00		
Total días		365			\$ 75.373,50	\$ 206,50	\$ 6.195,08

				Año 1976			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/76	31/01/76	31	5.790,00	193,00	\$ 5.983,00		
01/02/76	29/02/76	29	7.470,00	249,00	\$ 7.221,00		
01/03/76	31/03/76	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/04/76	30/04/76	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/05/76	31/05/76	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/06/76	30/06/76	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/07/76	31/07/76	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/08/76	31/08/76	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/09/76	30/09/76	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/10/76	31/10/76	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/11/76	30/11/76	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/12/76	31/12/76	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
Total días		365			\$ 89.149,00	\$ 244,24	\$ 7.327,32

				Año 1977			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/77	31/01/77	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/02/77	28/02/77	28	7.470,00	249,00	\$ 6.972,00		
01/03/77	31/03/77	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/04/77	30/04/77	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/05/77	31/05/77	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/06/77	30/06/77	30	7.470,00	249,00	\$ 7.470,00		
01/07/77	31/07/77	31	7.470,00	249,00	\$ 7.719,00		
01/08/77	31/08/77	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/09/77	30/09/77	30	9.480,00	316,00	\$ 9.480,00		
01/10/77	31/10/77	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/11/77	16/11/77	16	9.480,00	316,00	\$ 5.056,00		
01/12/77	16/12/77	16	9.480,00	316,00	\$ 5.056,00		
Total días		336			\$ 91.972,00	\$ 273,73	\$ 8.211,79

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

				Año 1978			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/78	31/01/78	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/02/78	28/02/78	28	9.480,00	316,00	\$ 8.848,00		
01/03/78	31/03/78	31	9.480,00	316,00	\$ 9.796,00		
01/04/78	30/04/78	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/05/78	31/05/78	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/06/78	30/06/78	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/07/78	31/07/78	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/08/78	31/08/78	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/09/78	30/09/78	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/10/78	31/10/78	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/11/78	30/11/78	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/12/78	31/12/78	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
Total días		365			\$ 195.266,00	\$ 534,98	\$ 16.049,26

				Año 1979			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/02/79	21/02/79	21	21.420,00	714,00	\$ 14.994,00		
05/11/79	30/11/79	26	30.150,00	1.005,00	\$ 26.130,00		
01/12/79	31/12/79	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
Total días		109			\$ 94.413,00	\$ 866,17	\$ 25.985,23

				Año 1980			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	31/01/80	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/02/80	29/02/80	29	30.150,00	1.005,00	\$ 29.145,00		
01/03/80	31/03/80	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/04/80	30/04/80	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/05/80	31/05/80	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/06/80	30/06/80	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/07/80	31/07/80	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/08/80	31/08/80	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/80	30/09/80	30	41.894,93	1.396,50	\$ 41.894,93		
01/10/80	31/10/80	31	38.774,00	1.292,47	\$ 40.066,47		
01/11/80	30/11/80	30	38.774,00	1.292,47	\$ 38.774,00		
01/12/80	31/12/80	31	38.774,00	1.292,47	\$ 40.066,47		
Total días		366			\$ 415.487,20	\$ 1.135,21	\$ 34.056,33

				Año 1981			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/81	31/01/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
01/02/81	28/02/81	28	48.995,00	1.633,17	\$ 45.728,67		
01/03/81	31/03/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
01/04/81	30/04/81	30	48.995,00	1.633,17	\$ 48.995,00		
01/05/81	31/05/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
01/06/81	30/06/81	30	48.995,00	1.633,17	\$ 48.995,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

01/07/81	31/07/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
01/08/81	31/08/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
01/09/81	30/09/81	30	48.995,00	1.633,17	\$ 48.995,00		
01/10/81	31/10/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
01/11/81	30/11/81	30	48.995,00	1.633,17	\$ 48.995,00		
01/12/81	31/12/81	31	48.995,00	1.633,17	\$ 50.628,17		
Total días		365			\$ 596.105,83	\$ 1.633,17	\$ 48.995,00

				Año 1982			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
01/02/82	28/02/82	28	61.910,00	2.063,67	\$ 57.782,67		
01/03/82	31/03/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
01/04/82	30/04/82	30	61.910,00	2.063,67	\$ 61.910,00		
01/05/82	31/05/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
01/06/82	30/06/82	30	61.910,00	2.063,67	\$ 61.910,00		
01/07/82	31/07/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
01/08/82	31/08/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
01/09/82	30/09/82	30	61.910,00	2.063,67	\$ 61.910,00		
01/10/82	31/10/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
01/11/82	30/11/82	30	61.910,00	2.063,67	\$ 61.910,00		
01/12/82	31/12/82	31	61.910,00	2.063,67	\$ 63.973,67		
Total días		365			\$ 753.238,33	\$ 2.063,67	\$ 61.910,00

				Año 1983			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/83	31/01/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
01/02/83	28/02/83	28	76.787,00	2.559,57	\$ 71.667,87		
01/03/83	31/03/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
01/04/83	30/04/83	30	76.787,00	2.559,57	\$ 76.787,00		
01/05/83	31/05/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
01/06/83	30/06/83	30	76.787,00	2.559,57	\$ 76.787,00		
01/07/83	31/07/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
01/08/83	31/08/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
01/09/83	30/09/83	30	76.787,00	2.559,57	\$ 76.787,00		
01/10/83	31/10/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
01/11/83	30/11/83	30	76.787,00	2.559,57	\$ 76.787,00		
01/12/83	31/12/83	31	76.787,00	2.559,57	\$ 79.346,57		
Total días		365			\$ 934.241,83	\$ 2.559,57	\$ 76.787,00

				Año 1984			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	164.268,87	5.475,63	\$ 169.744,50		
01/02/84	29/02/84	29	89.070,00	2.969,00	\$ 86.101,00		
01/03/84	31/03/84	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/04/84	30/04/84	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/05/84	31/05/84	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/06/84	30/06/84	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

01/07/84	13/07/84	13	89.070,00	2.969,00	\$ 38.597,00		
Total días		195			\$ 656.660,50	\$ 3.367,49	\$ 101.024,69

				Año 1986			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
17/04/86	30/04/86	14	79.290,00	2.643,00	\$ 37.002,00		
01/05/86	31/05/86	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/06/86	30/06/86	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
01/07/86	31/07/86	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/08/86	31/08/86	31	79.290,00	2.643,00	\$ 81.933,00		
01/09/86	30/09/86	30	79.290,00	2.643,00	\$ 79.290,00		
24/10/86	31/10/86	8	123.210,00	4.107,00	\$ 32.856,00		
01/11/86	30/11/86	30	123.210,00	4.107,00	\$ 123.210,00		
01/12/86	31/12/86	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
Total días		236			\$ 724.764,00	\$ 3.071,03	\$ 92.131,02

				Año 1987			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
01/02/87	28/02/87	28	123.210,00	4.107,00	\$ 114.996,00		
01/03/87	31/03/87	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/04/87	30/04/87	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/05/87	31/05/87	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/06/87	30/06/87	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/07/87	31/07/87	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/08/87	31/08/87	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/09/87	30/09/87	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/10/87	31/10/87	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/11/87	30/11/87	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/12/87	31/12/87	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
Total días		365			\$ 1.775.067,00	\$ 4.863,20	\$ 145.895,92

				Año 1988			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/02/88	29/02/88	29	165.180,00	5.506,00	\$ 159.674,00		
01/03/88	31/03/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/04/88	30/04/88	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/05/88	31/05/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/06/88	30/06/88	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/07/88	31/07/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/08/88	31/08/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/09/88	30/09/88	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/10/88	31/10/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/11/88	30/11/88	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/12/88	31/12/88	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
Total días		366			\$ 1.999.789,00	\$ 5.463,90	\$ 163.917,13

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01

Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

				Año 1989			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/02/89	28/02/89	28	165.180,00	5.506,00	\$ 154.168,00		
01/03/89	31/03/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/04/89	30/04/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/05/89	31/05/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/06/89	30/06/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/07/89	31/07/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/08/89	31/08/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/09/89	30/09/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/10/89	31/10/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/11/89	30/11/89	30	165.180,00	5.506,00	\$ 165.180,00		
01/12/89	31/12/89	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
Total días		365			\$ 2.009.690,00	\$ 5.506,00	\$ 165.180,00

				Año 1990			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	165.180,00	5.506,00	\$ 170.686,00		
01/02/90	28/02/90	28	234.720,00	7.824,00	\$ 219.072,00		
01/03/90	31/03/90	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/04/90	30/04/90	30	298.110,00	9.937,00	\$ 298.110,00		
01/05/90	31/05/90	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/06/90	30/06/90	30	298.110,00	9.937,00	\$ 298.110,00		
01/07/90	31/07/90	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/08/90	31/08/90	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/09/90	30/09/90	30	298.110,00	9.937,00	\$ 298.110,00		
01/10/90	31/10/90	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/11/90	30/11/90	30	298.110,00	9.937,00	\$ 298.110,00		
01/12/90	31/12/90	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
Total días		365			\$ 3.430.480,00	\$ 9.398,58	\$ 281.957,26

				Año 1991			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/02/91	28/02/91	28	298.110,00	9.937,00	\$ 278.236,00		
01/03/91	31/03/91	31	298.110,00	9.937,00	\$ 308.047,00		
01/04/91	30/04/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/05/91	31/05/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/06/91	30/06/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/07/91	31/07/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/08/91	31/08/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/09/91	30/09/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/10/91	31/10/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/11/91	30/11/91	30	372.030,00	12.401,00	\$ 372.030,00		
01/12/91	31/12/91	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
Total días		365			\$ 4.304.605,00	\$ 11.793,44	\$ 353.803,15

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

				Año 1992			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/02/92	29/02/92	29	372.030,00	12.401,00	\$ 359.629,00		
01/03/92	31/03/92	31	372.030,00	12.401,00	\$ 384.431,00		
01/04/92	30/04/92	30	554.700,00	18.490,00	\$ 554.700,00		
01/05/92	31/05/92	31	554.700,00	18.490,00	\$ 573.190,00		
01/06/92	30/06/92	30	554.700,00	18.490,00	\$ 554.700,00		
01/07/92	31/07/92	31	554.700,00	18.490,00	\$ 573.190,00		
01/08/92	31/08/92	31	554.700,00	18.490,00	\$ 573.190,00		
01/09/92	30/09/92	30	554.700,00	18.490,00	\$ 554.700,00		
01/10/92	31/10/92	31	554.700,00	18.490,00	\$ 573.190,00		
01/11/92	30/11/92	30	554.700,00	18.490,00	\$ 554.700,00		
01/12/92	31/12/92	31	554.700,00	18.490,00	\$ 573.190,00		
Total días		366			\$ 6.213.241,00	\$ 16.976,07	\$ 509.282,05

				Año 1993			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	554.700,00	18.490,00	\$ 573.190,00		
01/02/93	28/02/93	28	554.700,00	18.490,00	\$ 517.720,00		
01/03/93	31/03/93	31	665.070,00	22.169,00	\$ 687.239,00		
01/04/93	30/04/93	30	665.070,00	22.169,00	\$ 665.070,00		
01/05/93	31/05/93	31	665.070,00	22.169,00	\$ 687.239,00		
01/06/93	30/06/93	30	665.070,00	22.169,00	\$ 665.070,00		
01/07/93	31/07/93	31	665.070,00	22.169,00	\$ 687.239,00		
01/08/93	31/08/93	31	665.070,00	22.169,00	\$ 687.239,00		
01/09/93	30/09/93	30	665.070,00	22.169,00	\$ 665.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	746.250,00	24.875,00	\$ 771.125,00		
01/11/93	30/11/93	30	746.250,00	24.875,00	\$ 746.250,00		
01/12/93	31/12/93	31	746.250,00	24.875,00	\$ 771.125,00		
Total días		365			\$ 8.123.576,00	\$ 22.256,37	\$ 667.691,18

				Año 1994			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	746.250,00	24.875,00	\$ 771.125,00		
01/02/94	28/02/94	28	746.250,00	24.875,00	\$ 696.500,00		
01/03/94	31/03/94	31	746.250,00	24.875,00	\$ 771.125,00		
01/04/94	30/04/94	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/94	31/05/94	31	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.033.333,33		
01/06/94	30/06/94	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/07/94	31/07/94	31	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.033.333,33		
01/08/94	31/08/94	31	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.033.333,33		
01/09/94	30/09/94	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/94	31/10/94	31	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.033.333,33		
01/11/94	30/11/94	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/94	31/12/94	31	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.033.333,33		
Total días		365			\$ 11.405.416,67	\$ 31.247,72	\$ 937.431,51

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01

Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.

Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

				Año 1995			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/95	28/02/95	30	1.500.000,00	50.000,00	\$ 1.500.000,00		
01/03/95	31/03/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/08/95	31/08/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	125.000,00	4.166,67	\$ 125.000,00		
Total días		330			\$ 12.875.000,00	\$ 39.015,15	\$ 1.170.454,55

				Año 1996			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	1.250.000,00	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
Total días		180			\$ 7.500.000,00	\$ 41.666,67	\$ 1.250.000,00

				Año 1999			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/06/99	30/06/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/09/99	30/09/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/10/99	31/10/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
Total días		210			\$ 2.800.000,00	\$ 13.333,33	\$ 400.000,00

				Año 2000			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/02/00	29/02/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/03/00	31/03/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/05/00	31/05/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/06/00	30/06/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/07/00	31/07/00	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,00		
01/08/00	31/08/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/09/00	30/09/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/10/00	31/10/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

01/11/00	30/11/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
Total días		360			\$ 5.200.000,00	\$ 14.444,44	\$ 433.333,33

Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/02/01	28/02/01	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
01/03/01	31/03/01	30	400.000,00	13.333,33	\$ 400.000,00		
Total días		90			\$ 1.200.000,00	\$ 13.333,33	\$ 400.000,00

Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/12/04	31/12/04	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
Total días		30			\$ 2.000.000,00	\$ 66.666,67	\$ 2.000.000,00

Año 2005							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/05	31/01/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/02/05	28/02/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/03/05	31/03/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/04/05	30/04/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/05/05	31/05/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/06/05	30/06/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/07/05	31/07/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/08/05	31/08/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/09/05	30/09/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/10/05	31/10/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/11/05	30/11/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/12/05	31/12/05	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
Total días		360			\$ 24.000.000,00	\$ 66.666,67	\$ 2.000.000,00

Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/06	31/01/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/02/06	28/02/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/04/06	30/04/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/05/06	31/05/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/06/06	30/06/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/07/06	31/07/06	30	4.000.000,00	133.333,33	\$ 4.000.000,00		
01/09/06	30/09/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/10/06	31/10/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/11/06	30/11/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
Total días		300			\$ 22.000.000,00	\$ 73.333,33	\$ 2.200.000,00

Año 2007							
----------	--	--	--	--	--	--	--

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	2.000.000,00	66.666,67	\$ 2.000.000,00		
01/02/07	28/02/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/03/07	31/03/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/04/07	30/04/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/05/07	31/05/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/06/07	30/06/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/08/07	31/08/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
01/12/07	31/12/07	30	2.126.000,00	70.866,67	\$ 2.126.000,00		
Total días		360			\$ 25.386.000,00	\$ 70.516,67	\$ 2.115.500,00

Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/02/08	29/02/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/03/08	31/03/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/04/08	30/04/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/06/08	30/06/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/07/08	31/07/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/08/08	31/08/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/09/08	30/09/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/10/08	31/10/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/11/08	30/11/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/12/08	31/12/08	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
Total días		360			\$ 26.400.000,00	\$ 73.333,33	\$ 2.200.000,00

Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/02/09	28/02/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/03/09	31/03/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/04/09	30/04/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/05/09	31/05/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/06/09	30/06/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/07/09	31/07/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/08/09	31/08/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/09/09	30/09/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/10/09	31/10/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/11/09	30/11/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/12/09	31/12/09	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
Total días		360			\$ 26.400.000,00	\$ 73.333,33	\$ 2.200.000,00

Año 2010							
----------	--	--	--	--	--	--	--

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
 Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
 Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANYY.

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/02/10	28/02/10	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/03/10	31/03/10	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/04/10	30/04/10	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/05/10	31/05/10	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
01/06/10	30/06/10	30	2.200.000,00	73.333,33	\$ 2.200.000,00		
Total días		180			\$ 13.200.000,00	\$ 73.333,33	\$ 2.200.000,00

CÁLCULO TODA LA VIDA LABORAL							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1970	219	0,11	71,20	647,27	\$ 1.290,00	\$ 834.981,82	\$ 6.095.367,27
1971	47	0,12	71,20	593,33	\$ 1.290,00	\$ 765.400,00	\$ 1.199.126,67
1972	63	0,14	71,20	508,57	\$ 1.830,48	\$ 930.927,89	\$ 1.954.948,57
1973	365	0,16	71,20	445,00	\$ 1.910,00	\$ 849.950,00	\$ 10.341.058,33
1974	365	0,19	71,20	374,74	\$ 2.926,72	\$ 1.096.751,04	\$ 13.343.804,35
1975	365	0,25	71,20	284,80	\$ 6.195,08	\$ 1.764.359,41	\$ 21.466.372,80
1976	365	0,29	71,20	245,52	\$ 7.327,32	\$ 1.798.982,18	\$ 21.887.616,55
1977	336	0,36	71,20	197,78	\$ 8.211,79	\$ 1.624.108,73	\$ 18.190.017,78
1978	365	0,47	71,20	151,49	\$ 16.049,26	\$ 2.431.292,19	\$ 29.580.721,70
1979	109	0,56	71,20	127,14	\$ 25.985,23	\$ 3.303.836,30	\$ 12.003.938,57
1980	366	0,72	71,20	98,89	\$ 34.056,33	\$ 3.367.792,42	\$ 41.087.067,56
1981	365	0,90	71,20	79,11	\$ 48.995,00	\$ 3.876.048,89	\$ 47.158.594,81
1982	365	1,14	71,20	62,46	\$ 61.910,00	\$ 3.866.659,65	\$ 47.044.359,06
1983	365	1,41	71,20	50,50	\$ 76.787,00	\$ 3.877.471,21	\$ 47.175.899,67
1984	195	1,65	71,20	43,15	\$ 101.024,69	\$ 4.359.368,54	\$ 28.335.895,52
1986	236	2,38	71,20	29,92	\$ 92.131,02	\$ 2.756.188,41	\$ 21.682.015,46
1987	365	2,88	71,20	24,72	\$ 145.895,92	\$ 3.606.871,30	\$ 43.883.600,83
1988	366	3,58	71,20	19,89	\$ 163.917,13	\$ 3.260.027,86	\$ 39.772.339,89
1989	365	4,58	71,20	15,55	\$ 165.180,00	\$ 2.567.863,76	\$ 31.242.342,36
1990	365	5,78	71,20	12,32	\$ 281.957,26	\$ 3.473.245,14	\$ 42.257.815,92
1991	365	7,65	71,20	9,31	\$ 353.803,15	\$ 3.292.912,98	\$ 40.063.774,64
1992	366	9,70	71,20	7,34	\$ 509.282,05	\$ 3.738.235,25	\$ 45.606.470,02
1993	365	12,14	71,20	5,86	\$ 667.691,18	\$ 3.915.948,26	\$ 47.644.037,17
1994	365	14,89	71,20	4,78	\$ 937.431,51	\$ 4.482.546,90	\$ 54.537.653,91
1995	330	18,25	71,20	3,90	\$ 1.170.454,55	\$ 4.566.376,09	\$ 50.230.136,99
1996	180	21,80	71,20	3,27	\$ 1.250.000,00	\$ 4.082.568,81	\$ 24.495.412,84
1999	210	36,42	71,20	1,95	\$ 400.000,00	\$ 781.987,92	\$ 5.473.915,43
2000	360	39,79	71,20	1,79	\$ 433.333,33	\$ 775.404,21	\$ 9.304.850,46
2001	90	43,27	71,20	1,65	\$ 400.000,00	\$ 658.192,74	\$ 1.974.578,23
2004	30	53,07	71,20	1,34	\$ 2.000.000,00	\$ 2.683.248,54	\$ 2.683.248,54
2005	360	55,99	71,20	1,27	\$ 2.000.000,00	\$ 2.543.311,31	\$ 30.519.735,67
2006	300	58,70	71,20	1,21	\$ 2.200.000,00	\$ 2.668.483,82	\$ 26.684.838,16
2007	360	61,33	71,20	1,16	\$ 2.115.500,00	\$ 2.455.953,04	\$ 29.471.436,49
2008	360	64,82	71,20	1,10	\$ 2.200.000,00	\$ 2.416.538,11	\$ 28.998.457,27
2009	360	69,80	71,20	1,02	\$ 2.200.000,00	\$ 2.244.126,07	\$ 26.929.512,89
2010	180	71,20	71,20	1,00	\$ 2.200.000,00	\$ 2.200.000,00	\$ 13.200.000,00
Total días	10533	IBL 2010					\$ 963.520.962,38
							\$ 2.744.292,12

Pensión		Tasa de reemplazo	90%	\$ 2.469.862,91
---------	--	-------------------	-----	-----------------

Así las cosas, la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de julio de 2010, debe pagarse en cuantía de **\$2'469.862,91**, por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia en tal sentido.

Por otra parte, habrá de advertirse que al elevarse reclamación de reliquidación de pensión para que se incluyeran los tiempos laborados en la CHEVRON PETROLEUM COMPANY el 05 de julio de 2018 (fls. 36 a 48), ciertamente es dable considerar que las diferencias pensionales se deben reconocer a partir del 05 de julio de 2015, pues frente a las anteriores operó el fenómeno de la **prescripción**, según las voces de los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. Por tanto, se considera acertada la condena impuesta en el numeral cuarto de la sentencia.

Finalmente, se considera acertada la condena por **indexación**, dado que las diferencias aludidas se han visto sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero (SL194-2019 y SL3397-2020).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00496 -01
Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS.
Demandado: COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANY.

R E S U E L V E:

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que el valor de la mesada pensional al 01 de julio de 2010, asciende a la suma de \$2'469.862,91.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO.- 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

Salvo voto parcial

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: ALFONSO GONZÁLEZ ROJAS
Demandada: Colpensiones y otro
Radicación: 11001-31-05-**015-2019-00496-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto parcialmente de la adoptada, en cuanto a las razones por las que se modificó el valor de la mesada pensional determinada en primera instancia, como consecuencia de calcular el IBL del actor con inclusión de tiempos de servicio en el sector público, toda vez que, como lo he expresado en oportunidades anteriores, me aparto de las consideraciones y criterio expuesto, en torno a la posibilidad de acumular tiempos de servicio en el sector público sin cotización al ISS, hoy Colpensiones, con aportes efectuados a esa entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en aplicación del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto considero que esa sumatoria o acumulación en general resulta improcedente, si de aplicar el citado reglamento del ISS se trata, con independencia de que se le haga producir efectos de manera directa, como en el caso se pretendía, o por virtud del régimen de transición; en este último evento, respecto del que disiento del cambio de criterio adoptado recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1947-2020), el que por demás está indicar, en la actualidad no cuenta con mayoría; y, comparto los argumentos de los magistrados que se apartaron de manera categórica de ese cambio jurisprudencial.

Al respecto, considero que si el régimen de transición remite a la legislación aplicable antes de la vigencia del sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, ha de atenderse justamente a lo previsto por esa normatividad, para verificar la forma en la que se cumplen esos supuestos, y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ninguna de sus disposiciones permite la sumatoria de tiempos de servicio público no cotizados al ISS, ni de aquellos sufragados en otras cajas de previsión social, con los que fueron efectivamente cotizados al Instituto, por el contrario, el art. 12 del Acuerdo establece como requisito para acceder a la pensión de vejez, un mínimo de **semanas de cotización** que deben ser **pagadas** o **sufragadas** en los lapsos allí referidos, lo que permite fácilmente concluir que se excluyen allí los tiempos de servicios no cotizados a la entidad.

Así mismo, en mi sentir resulta de suma relevancia que el referido acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, con la finalidad de regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por el ISS, en las condiciones previstas en ese reglamento, esto es, en virtud de los aportes realizados a la entidad, con la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación que estaba acorde con el funcionamiento de ese régimen pensional, sin prever o permitir la acumulación de tiempos, que se encontraba ya regulada por la Ley 71 de 1988, aplicable también en virtud del régimen de transición.

Finalmente, insisto en que me sumo a los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto con los que cuenta el citado cambio de criterio (CSJ SL1947-2020), en particular lo expuesto por los H. Magistrados Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán (qepd), último del que me permito citar en adición a lo expuesto, la siguiente consideración que comparto en su integridad, como razón aneja para apartarme de manera razonada y justificada del nuevo criterio jurisprudencial:

“No menos importante resulta advertir, que esa ampliación o extensión de las posibilidades de aplicación del régimen de transición, no se acompasa con la finalidad del mismo, esto es, la protección de las expectativas pensionales de quienes se encontraban en camino de construcción de su pensión, pues las llamadas a ser protegidas eran aquellas que conforme a esa normatividad que les era aplicable antes del tránsito legislativo, les permitirían el reconocimiento de una pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y en este sentido, si no se contemplaba la sumatoria de esos tiempos en el régimen respectivo, y en consecuencia, no podían acceder así a las prestaciones pensionales, no existe ahora ninguna razón para que en virtud del régimen de transición sí sea posible.

Y es que, en ese escenario, no solo se mantendrían las condiciones pensionales anteriores, sino que se convertirían tales prerrogativas en una nueva modalidad de prestación, más benévola que las que venían rigiendo, creándose con ello un nuevo régimen, lo que a su vez contraría algunas de las finalidades con las que se instituyó el nuevo sistema pensional, que justamente pretendió unificar los múltiples regímenes existentes, procurando entre otros, lograr igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, así como mayor cobertura y su sostenibilidad financiera, y en vez de ello, con el nuevo criterio, se estarían perpetuando, y aun incrementando, las desigualdades que venían rigiendo con anterioridad”.

En consecuencia, si no hay lugar a la referida sumatoria para determinar el derecho pensional y sus condiciones de reconocimiento, de ello se sigue que no han de tenerse en cuenta los periodos laborados en el sector público sin cotización, para ningún efecto, lo que incluye el cálculo del ingreso base de liquidación, ni a modificar el valor de la prestación por esa causa.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial 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: **c6d94d18572ac0ee108b65974ef3fa6b1e28fccdd40e376372544a66964d4afc**

Documento generado en 30/11/2022 10:34:43 AM

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 05-032-2019-00496-01

Demandante: **JUAN FRANCISCO LAVERDE CALDERÓN.**

Demandado: **SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN FRANCISCO LAVERDE CALDERÓN** promovió contra **SAC ESTRUCTURA METÁLICAS S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo de obra o labor del 15 de septiembre de 2018 al 09 de febrero de 2019; y que la terminación fue unilateral por parte de su empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, sanción por no pago de intereses a las cesantías, dotaciones, e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00496-01

Demandante: **JUAN FRANCISCO LAVERDE CALDERÓN.**

Demandado: **SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.S.**

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Se vinculó al servicio de la demandada el 15 de septiembre de 2018 mediante contrato de trabajo de obra o labor para ejercer el cargo de Soldador, con un salario de \$1'400.000; **2)** Ha solicitado el pago de sus prestaciones sociales y vacaciones, pero ha sido infructuoso tal pedimento; **3)** El 09 de febrero de 2019 terminó la relación laboral por decisión de su empleador; y **4)** Le informaron que terminaría su labor cuando finalizara el proyecto con el Consorcio SES Puente Magdalena; no obstante, pero nunca se le dejó conocer cuando finiquitó tal proyecto.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.S. (archivo 03), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y pago.

Aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, la modalidad definida como de duración de la obra o labor, los extremos, el cargo desempeñado por el actor, y el salario. También aceptó que el actor solicitó información de la terminación del proyecto con el Consorcio SES Puente Magdalena y que no le brindó información por ser de carácter confidencial. No aceptó los demás hechos. Negó los demás hechos e indicó, que pagó total y oportunamente las prestaciones sociales y vacaciones a favor del trabajador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 31 de marzo de 2022, dictó sentencia en la que declaró existió un contrato de trabajo por la duración de obra, entre el 15 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00496-01

Demandante: **JUAN FRANCISCO LAVERDE CALDERÓN.**

Demandado: **SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.S.**

septiembre de 2018 y el 09 de febrero de 2019. Declaró probada parcialmente la excepción de pago y no probadas las demás excepciones. Condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$412.222.00 por concepto de cesantías causadas durante el 2018; y a la suma de la suma de \$37.053.333.00 por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., por el tiempo transcurrido entre el 09 de febrero de 2019 y el 27 de abril de 2021. Condenó en costas a la pasiva y absolvió de las demás pretensiones.

En síntesis, luego de advertir que no está en controversia la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor, así como el cargo desempeñado por el trabajador y el salario pactado, procedió a evaluar la prueba recaudada concluyendo que, que de los extractos bancarios allegados con la contestación de la demanda se extrae el pago de la prima de servicios de 2018,, así como el pago las cesantías, intereses a las cesantías vacaciones y prima de servicios de 2019 conforme al depósito judicial; por lo que, dijo, lo único que se adeuda son las cesantías de 2018; y frente a la sanción por no consignación de las cesantías no la estimó causada, pues el contrato finalizó antes de nacer esta obligación, esto es, el 09 de febrero de 2019; empero lo anterior, concluyó que sí hay lugar a la indemnización moratoria, pues el empleador conocía la cuenta de nómina de su trabajador; por lo que la tasó hasta cuando la empresa ingresó en liquidación, 27 de abril de 2021; en suma a lo anterior, también advirtió que no se acreditó el pago de las cesantías de 2018; y que no se acreditó los perjuicios por concepto de la falta de reconocimiento de dotaciones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandada** adujo, que se debió haber oficiado al fondo correspondiente para determinar si se habían o no pagado las cesantías de 2018; que no existe prueba en la que se demuestre la falta de pago de las cesantías de 2018; y que si bien

el liquidador no tiene esta prueba, esto no quiere decir que no se hubiera pago.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la demandada 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 el problema jurídico a resolver se circunscribe exclusivamente a determinar, si es dable imponer condena por concepto de las **cesantías del año 2018**.

De la prueba del pago efectivo de la obligación.

En cuanto al **pago de las acreencias laborales**, se rememora que una vez se encuentra acreditado un contrato de trabajo, le corresponde al empleador demostrar que efectuó el pago de las mismas, pues es en éste en quien recaía dicha obligación. Al respecto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido

imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

Por otra parte, encuentra la Sala que la apoderada de la parte actora manifiesta que se debió officiar a la administradora de cesantías, a fin de determinar si se pagaron las de 2018, respecto a lo que se hace necesario rememorar que conforme al artículo 53 del C.P.T y de la S.S, el juez de conocimiento está plenamente facultado para determinar las pruebas pertinentes y necesarias para proferir la sentencia que en derecho corresponda, por ende, está legitimado para rechazar la práctica de pruebas y diligencias que considere inconducentes en relación con el objeto del debate.

Igualmente, resulta relevante precisar que la facultad aludida no es absoluta, por cuanto es importante que el juzgador tenga plena claridad y conocimiento sobre el objeto mismo de la controversia para poder decretar o denegar las pruebas solicitadas por los intervinientes a fin de garantizar el debido trámite procesal.

Así mismo, resulta imperativo rememorar que la prueba de oficio no está regulada y prevista en las normas adjetivas laborales ni en las procesales civiles, es decir, la prueba para dirigir oficios a entidades no está prevista como un medio de prueba, y por el contrario, el artículo 173 del C.G.P. establece que el juez debe abstenerse de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente:

“Artículo 173. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás

pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción”.

En igual sentido, el artículo 78 *ejusdem* señala:

“ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados:

(...) **10.** Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”.

Del caso en concreto.

No son objeto de controversia en el proceso los hechos relativos a **i)** la existencia del contrato de trabajo, la modalidad definida como de duración de la obra o labor, los extremos del litigio acaecidos entre el 15 de septiembre de 2018 y el 9 de febrero de 2019, el cargo desempeñado por el actor, y el salario (fls.28 a 34 y fl 42 del archivo 01) ; **iii)** La consignación de la liquidación final de prestaciones sociales efectuada el 29 de julio de 2019 (fl.10 del archivo 03 y fls. 2 a 4 del archivo 13); y **iv)** el nombramiento del liquidador el 27 de abril de 2021.

Pues bien. Argumenta en su recurso la pasiva que no se demostró la falta de pago de las cesantías de 2018, no obstante, y como quedó visto, según las voces del inciso 2° del artículo 225 del C.G.P. la falta de documento o de una prueba por escrito del pago de una obligación convenida en un contrato, como son las que surgen del contrato de trabajo, puede ser apreciada por parte del juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, por lo que, en tales condiciones quien debía acreditar el pago de las cesantías de 2018 era al empleador.

Por otra parte, no desconoce la Sala que el artículo 54 del C.P.T. y de la S.S. faculta al juez para decretar pruebas de oficio para el completo esclarecimiento de los hechos, recuérdese que la legislación procesal del trabajo confiere amplias facultades a los jueces de instancia para decretar pruebas de oficio y esclarecer la verdad en el proceso, siempre que se cumplan a cabalidad los principios de publicidad y contradicción, tal y como se advirtió por parte de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL847-2021; no obstante, dicha posibilidad debe estar en armonía con lo dispuesto en el artículo 173 del C.G.P., que dispone que el juez debe abstenerse de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite.

Así las cosas, considera la Sala que si por alguna razón el empleador no contaba con el comprobante o la constancia de pago de las cesantías de 2018, podía solicitar a través de derecho de petición a la administradora que correspondiera, certificar tal pago, no obstante, no desplegó actuación en tal sentido, por lo que la Sala en cumplimiento de lo establecido en el artículo 173 del C.G.P. debe abstenerse de ordenar su práctica.

Así mismo, es menester rememorar que el artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., establece la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia: **(i)** a petición de la parte interesada, cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin su responsabilidad y habían sido decretadas, y **(ii)** las demás que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta; no obstante, no encuentra la Sala que el oficio requerido hubiera sido decretado, pues ni siquiera fue pedido como prueba en primera instancia por parte de la demandada.

Igualmente debe resaltarse el hecho relativo a que la parte resistente no efectuó pronunciamiento alguno en la etapa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00496-01

Demandante: **JUAN FRANCISCO LAVERDE CALDERÓN.**

Demandado: **SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.S.**

procesal correspondiente al decreto y práctica de pruebas, y fue sólo cuando se dictó sentencia que hizo alusión a la posibilidad de oficiar a la administradora de pensiones para verificar el pago de las cesantías; de modo que, para la Sala no resultan atendibles los argumentos relativos a que dicha parte está exenta de responsabilidad por la falta de incorporación de la correspondiente prueba que ahora solicita y por tanto, al resultar evidentemente precluida la oportunidad para decretar pruebas, no existe mérito alguno para revocar la decisión del A Quo relativa a la condena impuesta al empleador por concepto de cesantías de 2018 y por ende será CONFIRMADA.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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 demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00496-01

Demandante: **JUAN FRANCISCO LAVERDE CALDERÓN.**

Demandado: **SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.S.**

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

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 09 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que sea recibido por COLPENSIONES, y que PORVENIR S.A. devuelva todos los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

PORVENIR S.A. (fls.139 a 160 del archivo 01), 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.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 164 a 200 del archivo 01), 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; y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 09 de marzo de 2022, declarando la ineficacia del traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 10 de mayo de 1994; que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, devolución de los gastos de administración y el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados; ordenando a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; y declarando que COLPENSIONES podía obtener por las vías judiciales los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones. Condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., adujo que para el momento de traslado PORVENIR S.A. cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información conforme a la normatividad vigente, la que únicamente exigía la suscripción del formulario de afiliación; que el deber de información es unilateral, el actor tenía el deber de informarse de sus condiciones pensionales, más aún cuando goza de capacidad y por disposición legal, la elección de régimen pensional está en cabeza del afiliado; que el actor en interrogatorio de parte dio cuenta de diversas características de los regímenes pensionales; que no es dable devolver gastos de administración, pues estos tienen una destinación legal, y reconocerse equivaldría a generar un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES, ya que esta nunca participó en la gestión de sus aportes y rendimientos; que en suma, lo anterior iría en contra del principio de confianza y buena fe que debe primar en todo tipo relación jurídica, y no se descontaron de manera caprichosa; que en igual sentido, las sumas por seguros previsionales sirvieron para salvaguardar los riesgos de invalidez y muerte, se contrataron aseguradoras, y se invirtió conforme a la ley; y que dichos rubros no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del actor.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

COLPENSIONES por su parte, dijo que se da un carácter interpretativo de extinción de derechos pensionales a las prohibiciones que tenía el accionante para trasladarse, lo que debe ser revisado; y que conforme a la Corte Suprema de Justicia cada caso debe analizarse en particular, pues el descontento del actor nace del valor de su mesada pensional.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril 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 las demandadas, 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 como a revisar la sentencia en Consulta a favor de Colpensiones, en atención a 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.

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 el 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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	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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.

Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

	de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.

Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 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 en la sentencia que 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.

Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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**, en 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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.

Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

Y en la sentencia SL1217-2021 **en relación con el derecho de retracto**, la Sala de Casación Laboral dijo 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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)** El demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 28 de febrero de 1986 presenta aportes en tal régimen (fls. 14 a 18 del archivo 01); **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 10 de mayo de 1994 (fl.162 del archivo 01); **iii)** Se trasladó dentro del Régimen de Ahorro Individual a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 03 de febrero de 2005 (fl.27 del archivo 01); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 30 de mayo de 2019, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 10 a 13 y 19 a 26 del archivo 1).

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 el demandante 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 le manifestó que el I.S.S. se iba a acabar y, por ende, que sus aportes estaban en riesgo, así como le indicó ventajas, tales como, que su pensión sería mayor, que sus aportes eran

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.

Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

heredables, que si se quería retirar o no pensionarse, le devolvían su dinero; 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 al señor PEÑA ESCOBAR en el traslado que éste realizó el 10 de mayo 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 la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

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 del 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 del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia apelada incluyendo lo relativo a la orden de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales además debidamente indexados, pues 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.

Así mismo, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR 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. No se imponen a COLPENSIONES, como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

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, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que preceden.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR 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 05-022-2019-00591 -01.
Demandante: DIEGO TOMAS PEÑA ESCOBAR.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR 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.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Diego Tomás Peña Escobar
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00591-01**

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: **36e6235d655e0c3f7f17201649c20e684413d2e9de3fa6487908e8317e1e6867**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:31 AM

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 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

Demandado: **COLPENSIONES 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 PORVENIR S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 03 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la anulación de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., así como su posterior traslado a PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade cotizaciones y rendimientos; y que COLPENSIONES reciba el capital del fondo privado y contabilice las semanas dentro de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

historia laboral, así como reconozca y pague una pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003.

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, así como que cuenta con 61 años y 1158 semanas a la fecha de presentación de la demanda.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 114 a 121 del archivo 01 de la carpeta 04), 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 y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir; y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 2 a 35 del archivo 02), 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 prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 03 de diciembre de 2021, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante realizado al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A. el 04 de septiembre de 2000, y por ende ineficaz el traslado de régimen; ordenado el regreso automático sin solución de continuidad a COLPENSIONES; condenando a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante sin solución de continuidad conforme, y a PORVENIR S.A., a realizar la entrega

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

a COLPENSIONES, de todas las sumas que hubiere recibido con motivo a la afiliación del actor correspondientes a cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con las documentales correspondientes para que COLPENSIONES establezca que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia, gastos y comisiones de administración debidamente indexados. Igualmente, condenó COLPENSIONES a revisar que la devolución se hace en los términos indicados en la sentencia y ejecutar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas; se condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$900.000, y \$ 200.000, respectivamente.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., adujo que los afiliados pueden escoger el régimen pensional que prefieran una vez por cada cinco años a partir de la selección inicial y no podrá hacer cuando falta diez años para cumplir la edad de pensión; que lo pretende el actor es omitir el anterior precepto; que el demandante es profesional, tenía una capacidad cognoscitiva que le permitía entender los efectos de su decisión; que del interrogatorio de parte es dable establecer que sí hubo asesoría; que el actor no hizo uso de su deber de autoinformarse, por demás que no solicitó una nueva asesoría ante el fondo o verificar la información que se le suministró, por demás que está siempre ha estado disponible; que no hay circunstancias de las que se pueda establecer que hubo un vicio del consentimiento, no está demostrada presión o coacción alguna; que el formulario de afiliación es un documento suscrito por el demandante en pleno uso de sus facultades mentales; y que no se deben devolver gastos de administración, pues en el régimen de prima media también se destina este porcentaje.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso 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 PORVENIR S.A. 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 como a revisar la sentencia en Consulta a favor de Colpensiones, en atención a 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.

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 el 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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).

En posterior decisión y **respecto de los actos de relacionamiento**, en 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 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR 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.

Y en la sentencia SL1217-2021, **en relación con el derecho de retracto**, la Sala de Casación Laboral indicó, 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.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 24 de octubre de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral visible a folios 9 a 13 del archivo 01 de la carpeta 04; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el 04 de septiembre de 2000 (fl.36 del archivo 01 de la carpeta 04); **iii)** Dentro del R.A.I.S. se trasladó a PORVENIR S.A. el 23 de mayo de 2003 (fl.37 del archivo 01 de la carpeta 04); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 25 de julio y 01 de agosto de 2019, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 30 a 35 y 43 a 52 del archivo 01 de la carpeta 04).

A folio 36 del archivo 01 de la carpeta 04 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 04 de septiembre de 2000 con Horizonte Pensiones y Cesantías 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 toda 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 el demandante en su interrogatorio de parte, dado

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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 su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que en el fondo privado sus aportes generarían mayor rentabilidad, y que sus aportes estarían en una cuenta de ahorro individual; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, 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 al señor ALVARADO LUNA en el traslado que éste realizó el 04 de septiembre de 2000, 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 la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

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 del 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del 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 el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, rendimientos, frutos o intereses, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, también se encuentran los **bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a 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.

Frente a la **indexación**, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

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.

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 PORVENIR S.A.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

**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 **tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, rendimientos, frutos o intereses, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, también se encuentran los **bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales.**

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

TERCERO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2019-00763 -01.

Demandante: **HÉCTOR JULIO ALVARADO LUNA.**

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

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Héctor Julio Alvarado Luna
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**010-2019-00763-01**

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: **373800f2f1d33af9300b0dd925f921518da087a2ab5df8eb7fb39052eac68e6d**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:32 AM

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 05-002-2019-00810 -01.
Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**
Demandado: **COLPENSIONES 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 del Circuito de Bogotá el 24 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. devuelva la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; y que COLPENSIONES active su afiliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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. 2 a 43 del archivo 09), 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 C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 2 a 32 del archivo 13), 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, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 24 de enero de 2022, declarando la ineficacia del traslado que realizó la actora a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 12 de marzo de 1997; condenando a PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

alguno o deterioros sufridos por el bien administrado; y ordenando a COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación del 23 de abril de 1986, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral. Condenó en costas a PORVENIR S.A., incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., dijo que no se valoró que el consentimiento de la actora se materializó con la suscripción de un formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso; que dicho formulario se hacía en cumplimiento de un deber legal y fue suscrito por una persona capaz para obligarse; que se dio a conocer el derecho de retracto; que se desconoce la autonomía de la voluntad con la que contaba la actora para afiliarse al fondo privado; que no procede condena por gastos de administración, pues su destinación es legal, y no hace parte de la cuenta de ahorro individual; y que asumió las obligaciones de Horizonte en virtud de la fusión que se presentó con PORVENIR S.A., por lo que no pudo recibir los gastos de administración.

COLPENSIONES adujo, que la demandante suscribió un formulario de afiliación en 1997, el que es válido, ya que se firmó de forma voluntaria, libre y sin presiones, sin que se hiciera uso del derecho de retracto; que la actora no se interesó en su pensión, pues sólo cuando estuvo incurso en la prohibición de traslado, mostró interés para su cambio; y que es COLPENSIONES la que tendrá que financiar la pensión, lo que genera un detrimento en el patrimonio público, pues sus aportes no financiarán pensiones de otras personas que hacen parte del régimen de prima media.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril 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 las demandadas, 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 y a efectuar la Consulta en favor de la entidad de pensiones 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.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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 perjudicarlo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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

Posteriormente al referirse a los **actos de relacionamiento**, en sentencia SL6588-2021, la Sala de Casación Laboral 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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.

Y 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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 estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 23 de abril de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 34 a 36 del archivo 1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., el 23 de marzo de 1997 (fl.81 del archivo 1) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 12 de octubre de 2019, ante COLPENSIONES (fl. 33 del archivo 1).

A folio 81 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de marzo de 1997 con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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 le fondo la informó lo atinente a que el I.S.S. se iba a acabar, que los aportes se podían perder por la entrada de la nueva ley, que había que cambiarse, y que los aportes efectuados en el I.S.S. constituirían un bono pensional; 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 arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora PEÑARANDA BAUTISTA en el traslado que ésta realizó el

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

23 de marzo 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 la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

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, PORVENIR 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 el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y gastos de administración, también se encuentran los **aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros todos estos y aquellos 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

En este punto, se advierte que de los valores aludidos, incluso, deberán pagarse los causados en vigencia de la afiliación de la actora a Horizonte Pensiones y Cesantías, puesto que PORVENIR S.A. adquirió dicho fondo, con lo que asumió sus obligaciones, tal y como da cuenta la certificación obrante a folio 65 del archivo 13; recuérdese que cuando se produce la fusión, absorción o venta de empresas no se extinguen derechos ni obligaciones, simplemente son asumidas por la sociedad que nace de tal acto, de modo que, la nueva sociedad que adquirirá los derechos y las obligaciones, entre ellas, las laborales de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión, venta o absorción. En lo que respecta a la fusión de sociedades puede consultarse el artículo 172 del C.Co.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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 PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

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 dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y gastos de administración, también se encuentran los **aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros todos estos y aquellos que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

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

TERCERO. -.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00810 -01.

Demandante: **NELLY BELÉN PEÑARANDA BAUTISTA.**

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

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Nelly Belén Peñaranda Bautista
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**002-2019-00810-01**

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, acompaño 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: **614cb5ead97d539b7194c407487ec82f9e5f5c8a8a1e95fe679c20c3632446a4**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:30 AM

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 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 PORVENIR S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **BARBARA DEL CARMEN PINTO MORENO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. devuelva todo lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, y bonos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

pensionales; y que COLPENSIONES anule el traslado de la actora, y la reciba como 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.

COLPENSIONES (fls. 3 a 15 del 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, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 2 a 26 del 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, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 18 de enero de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenando a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, y a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Condenó en costas PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A. dijo que para la época del traslado no existía una prueba adicional al formulario de afiliación, era necesario dejar una constancia escrita diferente a este acto jurídico, por lo que las asesorías eran verbales y no era deber dejar documentada tal situación; que en el Decreto 692 de 1994 se establece que con la suscripción del formulario de afiliación surgía efectos el traslado pensional; que no es dable entender que la actora no comprendía sus condiciones pensionales, pues de lo contrario no hubiera estado de acuerdo con el traslado, por demás que habló en su interrogatorio de parte de características que le informaron del R.A.I.S.; que la consecuencia que tiene el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es dejar sin efectos actos jurídicos en los que se logra la afiliación o traslado con constreñimiento, tan es así que impone sanciones que son de corte administrativo; que no están demostrados los vicios que no le permitieron a la actora conocer los efectos reales de su traslado; que los gastos de administración tienen como fin remunerar la gestión profesional desplegada por el fondo privado, así como los rendimientos financieros, por demás que la devolución de tales rubros es tanto como entender que la administradora nunca ha cubierto los riesgos de invalidez y muerte, y se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, ya que, va a recibir unos dineros que no hubiera tenido dinero de otra manera.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso 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 PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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; recordando que además, en virtud de lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se revisarán las condenas impuestas a Colpensiones.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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”.

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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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.

(...)

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.

Y 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 30 de mayo de 1984 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante el archivo 11; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 01 de abril de 1997 (fl.32 del archivo 1) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 06 y 14 de agosto de 2020, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respetivamente, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 25 a 31 del archivo 1).

A folio 32 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01 de abril 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 se le indicaron ventajas por parte del fondo privado, tales como la posibilidad de acceder a un bono pensional por la suma de \$60'000.000, y que tendría la posibilidad de acceder a una pensión con una edad anterior a la del régimen de prima media; luego, de tales manifestaciones, no pueden derivarse consecuencias adversas para ésta.

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 PINTO MORENO en el traslado que ésta realizó el 01 de abril 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 la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.

Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR 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 el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, rendimientos, costos cobrados por administración, también se encuentran los bonos pensionales, **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a 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 cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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 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).

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

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 segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, rendimientos, costos cobrados por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00295 -01.
Demandante: BÁRBARA DEL CARMEN PINTO MORENO.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

administración, también se encuentran los bonos pensionales, **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Bárbara del Carmen Pinto Moreno
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2020-00295-01**

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: **491eaf8fdde5406db4b8b73a6c62b7161de3f4c6e4d4bb12d1ee47f0eca0e7**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:32 AM

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 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

Demandado: **COLPENSIONES 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 26 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, y comisiones; y que COLPENSIONES active su afiliación, y reciba los valores provenientes del fondo privado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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.

PORVENIR S.A. (fls. 118 a 146 del archivo A7), 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.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 176 a 200 del archivo A8), 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 la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 para aquellos que hayan consolidado su derecho pensional en el R.A.I.S.; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 26 de enero de 2022, declarando la ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el I.S.S. hoy COLPENSIONES y PORVENIR S.A. el 20 de febrero de 1995; condenando a PORVENIR S.A. a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

trasladar a COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, y a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. Condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho un salario mínimo.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES, adujo no obrar prueba alguna de que se esté en presencia de un vicio del consentimiento; que se está frente a un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para viciar el consentimiento, así como tampoco un error dirimente o error de nulidad; que es también deber de los afiliados asesorarse, según lo expuesto por comunicados de la Superintendencia de Financiera; que el actor se afilió voluntariamente; y que al no solicitarse el traslado, es dable entender que se ratificó su ánimo de permanecer el R.A.I.S.; y que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

PORVENIR S.A., alegó que el demandante firmó el formulario de afiliación, siendo este el documento que se requería como prueba de su traslado y de la asesoría; que el actor ejerció su derecho de libertad de elección del régimen pensional, sin que existiera coacción; que el informar acerca de comparaciones y explicar conveniencias de los regímenes pensionales nacieron después del traslado del demandante, de modo que, no resulta razonable exigir otro documento ajeno al formulario de afiliación; que hubo una permanencia de 26 años, donde el actor quiso continuar; que cuando se firma el formulario de afiliación se aceptó el régimen pensional con todas sus características; que el I.S.S. también debía cumplir con el deber de información; que la ineficacia se solicita porque el actor no está de acuerdo con el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

valor de su mesada pensional, pero para el momento del traslado se desconocía el valor que le correspondería; y que de devolverse gastos de administración, en virtud de las restituciones mutuas, habría que devolverse de igual manera los rendimientos generados, por demás que la deducción la hizo con fundamento en la ley.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril 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 estas 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 como a revisar la sentencia en Consulta a favor de Colpensiones, en atención a 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.

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 el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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	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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

	constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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.

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.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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).

En posterior decisión y **respecto de los actos de relacionamiento**, en 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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.

Y en la sentencia SL1217-2021, **en relación con el derecho de retracto**, la Sala de Casación Laboral indicó, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 06 de diciembre de 1988 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral visible a folios 16 y 17 del archivo A1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 20 de febrero de 1995 (fl.42 del archivo A1); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 02 de julio y 31 de julio de 2020, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 27 a 41 del archivo A1).

A folio 42 del archivo A1 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de febrero de 1995 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 toda 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante 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 su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que el I.S.S. se iba a acabar y que sus aportes se podrían perder; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, 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 al señor HERNÁNDEZ DURAN en el traslado que éste realizó el 20 de febrero de 1995, 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 la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

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 del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del 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 el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, frutos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, también se encuentran los **bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a 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.

Frente a la **indexación**, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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.

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 PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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

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 segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, frutos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, también se encuentran los **bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del C.P.T.Y.S.S.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2020-00403 -01.

Demandante: **EDUARDO HERNÁNDEZ DURAN.**

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



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.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Eduardo Hernández Durán
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**009-2020-00403-01**

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: **6e982c8ebf59282ea7f4f63f62df2a14159c4364c59ef959a95bb56ed90cbdb3**

Documento generado en 30/11/2022 10:21:31 AM

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

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **GABRIEL TORRES MELO** promovió contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor aspira al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 13 de septiembre de 2017, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Contrajo nupcias con la señora María Inés Díaz Solarte el 17 de julio de 1959; **2)** Procrearon cinco hijos,

Néstor Vidal, Sonia Janeth, Sandra Vilma, Fernando Augusto y Ximena Torres Díaz, quienes son mayores de edad; **3)** Inició una relación extramatrimonial con María Resfa Palomar Castañeda en 1990, a la par que registró su matrimonio con la señora María Inés Díaz Solarte el 05 de abril de 1991; **4)** Al ser descubierto por su esposa en 1998 de la relación que tenía con María Resfa Palomar Castañeda, tuvo diversos conflictos con esta, hasta que abandonó el hogar en 2002; **5)** Luego del rompimiento de la relación que sostuvo con María Resfa Palomar Castañeda en 2005, retomó su relación sentimental con su esposa en 2008, fecha desde la que no se volvieron a separar; **6)** A su esposa se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución 7942 del 30 de noviembre de 1994; **7)** En ocasiones su esposa visitaba con frecuencia a sus hermanos, motivo por el que en ocasiones pernoctaba en donde ellos vivían, Cali y Popayán; **8)** Trabajaba como taxista y de sus ingresos contribuía al sostenimiento del hogar; y **9)** El 25 de febrero de 2019 solicitó pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento de su cónyuge, empero, le fue negada mediante Resolución SUB 84016 del 08 de abril de 2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 11), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración al derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; prescripción; compensación; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; y la innominada o genérica.

Aceptó la calidad de pensionada de la cónyuge mediante Resolución 7942 del 30 de noviembre de 1994, así como la negativa a la sustitución pensional al demandante a través de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01

Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Resolución SUB 84016 del 08 de abril de 2019. Negó los demás hechos.

En su defensa afirmó que a través de investigación administrativa adelantada por la entidad se logró determinar que el actor y la causante no convivieron dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento de esta, pues se encontraban separados desde hacía más de 15 años, por lo que, se presume que convivieron desde el 17 de julio de 1959 hasta el 02 de febrero de 2002.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 25 de febrero de 2022, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió el A Quo que al fallecer la causante el 13 de septiembre de 2017, la norma a aplicar es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; así como que está acreditada la calidad de pensionada de la causante; las nupcias de los contrayentes el 17 de julio de 1959 pero que no obstante el matrimonio se inscribió sólo hasta el 28 de mayo de 2019, esto es, casi dos años después del fallecimiento de la causante; que durante ese tiempo el demandante contrajo nupcias el 05 de abril de 1991 con la señora María Resfa Palomar Castañeda; que por lo anterior, no es dable hacer el estudio de la prestación como si se estuviera frente a un esposo, pues no era dable la coexistencia de dos vínculos matrimoniales; que en consecuencia se debía acreditar los cinco años de convivencia con anterioridad al fallecimiento de la causante, pues en investigación administrativa realizada por COLPENSIONES se logró determinar que el demandante no tenía fotos con la causante, que los gastos funerarios fueron costeados por los hijos, que en 2012 se separaron por razones económicas, que retomaron convivencia en 2015, que durante el tiempo de la separación la causante convivió

con sus hermanos, que el actor se desentendió de la causante y nunca fue a visitarla; y que en suma, no existe concordancia entre la versión entregada por el actor en investigación administrativa y en interrogatorio de parte, así como tampoco es dable considerar con certeza que el testimonio rendido es lo suficientemente fehaciente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que del interrogatorio de parte y del testimonio del actor es dable establecer que hubo una ruptura de la convivencia con la causante por una infidelidad, pero que durante los últimos cinco años estuvieron juntos; que lo anterior, es la razón por la que el actor fue afiliado a salud por la causante, por demás que no debe darse credibilidad a la investigación realizada por COLPENSIONES, como quiera que hace alusión a una separación de 30-32 años, pero el último hijo nació en 1974; que esas investigaciones se hacen sin la anuencia de la parte a la que se está investigando y sin permitir controvertir las pruebas que ellos dicen tener, no se tiene derecho a la defensa; que es natural y obvio que el hermano manifestara la falta de convivencia, pues la familia del causante no estaba de acuerdo con la reconciliación por la infidelidad que el demandante tuvo; que no se tuvo en cuenta las declaraciones extraproceso, las que dan cuenta del tiempo de convivencia; que era imposible obtener del vigilante una declaración veraz, pues se hizo dos años después y es difícil establecer la convivencia de todas las familias; y que el matrimonio inicial fue con María Inés Díaz, por lo que, es este el que prima sobre el que posteriormente, celebró el actor con María Resfa Palomar Castañeda.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01

Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES, 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, advirtiendo además que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 se surtirá el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones.

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 están acreditados los requisitos para considerar al demandante como beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora María Inés Díaz Solarte.

De la pensión de sobrevivientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. (Sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, y recientemente en la SL4261-2020).

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento de la señora María Inés Díaz Solarte -13 de septiembre de 2017- (fl. 3 del archivo 2) las disposiciones que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que indican:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”

b) (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

En cuanto a la **convivencia**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentenciado que el lapso de cinco años de convivencia puede darse en cualquier tiempo respecto al (la) cónyuge separado (a) de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con el (la) compañero (a) permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01

Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

Sobre el tópico también resulta pertinente señalar que la misma Corporación ha expuesto, desde la sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. 45038, que el referente para determinar el derecho del cónyuge supérstite separado de hecho o de cuerpos a la pensión de sobrevivientes, es la subsistencia del vínculo matrimonial, es decir que no haya divorcio, *“por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho”* (SL3505-2018, SL3405-2018, SL1399-2018, SL14498-2017, SL18068-2016, SL2335-2019), siempre que se compruebe la convivencia entre los contrayentes durante el lapso y las condiciones que exige la ley. Al punto, preciso:

“Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar”.

En sentencia SL480-2020 en un caso de similares connotaciones dijo:

“Así las cosas, si bien el Tribunal hizo una lectura correcta de las pruebas obrantes en el expediente, concretamente, la que obra folio 49 del plenario, en la que consta la celebración del matrimonio católico entre Édgar Caicedo y Vitalina Díaz, el 28 de junio de 1979, con la anotación al pie de página, en la que se precisa «decretada disolución y liquidación sociedad conyugal mediante escritura pública 2397 del 16 de julio de 1998», se equivocó al considerar que ésta última circunstancia, excluía a la actora como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su esposo pues, mientras el vínculo matrimonial se mantuviera vigente y aquella demostrara cinco años de convivencia en cualquier, tenía derecho a su reconocimiento de manera proporcional.

Se insiste, lo que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia del vínculo matrimonial, el cual subsiste incluso, ante situaciones jurídicas relacionadas con la separación de

bienes o, como en el presente caso, ante la disolución o la liquidación de la sociedad conyugal, pues dichas figuras no descartan la posibilidad de adquirir ese derecho”.

Entonces, como quiera que el Tribunal consideró que la liquidación de la sociedad conyugal de la cónyuge y el causante –que es un aspecto meramente patrimonial- era motivo suficiente para que la primera no accediera al derecho pretendido, resulta evidente la comisión del yerro jurídico denunciado, al dársele un alcance restrictivo a las normas aplicables al presente asunto. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Finalmente, la H. Corte ha enseñado que, al cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por ley demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así lo consideró, entre otras decisiones, en las sentencias SL359-2020, SL966-2021, y SL2257-2022:

“Sobre el particular, ha enseñado la Sala que al cónyuge separado (a) de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no se le impone por la ley demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia prevista en el inciso 3.° del literal b) antes transcrito. Así lo consideró, entre otras decisiones, en la sentencia CSJ SL359-2020:

«En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el *ad quem* incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019»”.

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** El matrimonio celebrado por el rito católico entre el demandante y la causante María Inés Díaz López el 17 de julio de 1959, con fecha de inscripción 28 de mayo de 2019 (fls.1 y 2 del archivo 2); **ii)** El nacimiento de tres hijos producto de la relación entre el actor y la causante todos mayores de edad, (fls. 8 a 10 del archivo 2); **iii)** El matrimonio celebrado por el rito civil que contrajo el demandante con la señora María Resfa Palomar Castañeda el 05 de abril de 1991 (fls. 16 y 17 del archivo 02); **iv)** El reconocimiento de la pensión de vejez a la causante Díaz López a través de la Resolución 7942 del 30 de noviembre de 1994 (fls. 4 a 7 del archivo 2 y documento obrante en la carpeta 22); **v)** La condición de beneficiario en salud del actor de la causante desde el 01 de julio de 2007 (fls.11 y 12 del archivo 2); **vi)** El fallecimiento el 13 de septiembre de 2017, de la señora María Inés Díaz López (fl.3 del archivo 2); y **vii)** la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por el demandante el 25 de febrero de 2019, negada mediante Resolución SUB 84016 del 08 de abril de 2019 (fls. 4 a 7 del archivo 2)

Adicional a la prueba documental obrante en los archivos 2, 14 a 19, y carpeta 22, al proceso compareció a rendir testimonio **Sonia Janeth Torres Díaz**, quien manifestó ser hija del actor y de la causante; que sus padres estaban casados como desde 1958-1959; que ella nació en 1962; que sus padres tuvieron cinco hijos, en donde el menor nació en 1974; que sus padres estuvieron separados, pero que al momento del fallecimiento de su madre, estaban haciendo vida conyugal; que sus padres vivían en el barrio Bochica en Bogotá; que cuando sus padres se separaron, fue por una relación de su padre con la señora María Resfa Palomar Castañeda, no obstante, su padre estuvo con ella muy poco, de tres a cinco años, más o menos; que de esa relación nació un hijo; que cuando sus padres se separaron, su papá quedó sin seguridad social y su mamá como era cotizante lo

inscribió como beneficiario; que sus padres se volvieron a reencontrar ahí, y retornaron a su relación; que lo anterior fue en 2010-2011; que cuando su mamá decidió irse con su papá, no todos los hermanos estuvieron de acuerdo, lo que hizo que sus padres se distanciaran un poquito con ellos; que sus padres convivían, pero que su mamá viajaba mucho a Cali y a Popayán; que la relación de sus padres era normal, tranquila, buena; que siempre hubo el acompañamiento de su padre con su mamá, pero ellos como hijos para no angustiarse, era ella la que se encargaba de acompañar a su mamá a sus citas; que su mamá murió de un cáncer, linfoma no hodgkin; que iban al médico y nunca les dieron una directriz clara de lo que de que tenía su mamá, solo empeoraba y al final fue que dijeron que tenía ese cáncer; que se enteraron el mes previo antes de fallecer que su mamá tenía ese cáncer; que su mamá no alcanzó a recibir ningún tratamiento; que para ese momento su mamá estaba con su papá, el apoyo adicional eran sus hijos, especialmente ella; que el hogar de sus padres se solventaba con la pensión de su mamá y con lo poco del trabajo de su papá; que ellos como hijos, los apoyaban en lo que necesitaban; que su padre convivió con María Resfa en 2005 o 2008, no recuerda los tiempos; que la hija producto de esa relación tiene como 27 años; que su madre generalmente viajaba sola porque su papá se quedaba trabajando; que el domicilio principal de su mamá era en Bogotá, pero ella viajaba dos o tres veces a Cali y Popayán; que su hermana con su esposo tenían un seguro funerario, con lo que se pagaron los gastos funerarios; que en Popayán su mamá se quedaba donde una hermana, y en Cali donde una hija; que no convivió con María Resfa, solo la conoció, su padre se la presentó; que su mamá estuvo hospitalizada las tres semanas anteriores a su fallecimiento en la Clínica Colombia; que algunos de sus hermanos no estuvieron de acuerdo cuando sus padres volvieron, porque su papá se fue, inició convivencia con María Resfa, y decía “mi mamá para qué se volvía a involucrar sentimentalmente”; que por lo anterior, la relación de su papá con sus hermanos no era buena; que en la actualidad su papá vive solo y es ella (la declarante) quien cubre su seguridad social; que cuando su mamá iba a Cali e iba a pasar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01

Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

unos días con la hermana y su hija su papá no iba porque no sostenían buena relación.

De otro lado , obra como documental el expediente administrativo visible en la carpeta 22, en el que se encuentran las declaraciones extraprocesales de Alejandro Gutiérrez Varela y Luz Mariana Bedoya Villa, declaraciones que se estudiarán en conjunto con la demás prueba arrojada, recuérdese en todo caso que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho, de manera insistente, que las declaraciones extraprocesales que se pretenden hacer valer dentro de un proceso deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 277 del C.P.C, hoy artículos 198 y 222 del C.G.P., no requieren de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite (sentencias del 02 de marzo de 2007, Rad. 27593, SL1133-2019 y SL4145-2019).

De igual forma obra la documental consistente en la investigación realizada por el Consorcio Consiente RM obrante en el expediente administrativo visible en la carpeta 22, en donde se señaló que:

“se entrevistó al señor Gabriel Torres Melo, identificado con cédula de ciudadanía 2939134, quien afirmó haber sido el esposo de la señora María Inés Díaz De Torres, desde el día el día 17 de julio del año 1959, fecha de su matrimonio hasta el día 2 de febrero del año 2002 fecha en la cual las parte se separan de cuerpos por 3 años, debido a cuestiones económicas, aludiendo que el día 30 de julio del año 2005, retoman convivencia y viven de manera permanente hasta el día 13 de septiembre del año 2017, fecha de fallecimiento de la causante, de cuya unión tuvieron 5 hijos, a la actualidad mayores de edad”.

En la aludida investigación se consignó además, que el demandante no contaba con pertenencias de la causante así como tampoco registros fotográficos, ni haber sido la persona que costó los gastos funerarios. También se consignó que el hermano de la causante, Alfredo Díaz, afirmó que vivió con ellos, pero que se mantenía más con su hermana Cecilia; que la causante y el

actor hace más de 15 años se separaron y desde entonces él se desentendió totalmente de ella; que es ahí donde la familia acogió a la causante y está pendiente de ella; que la causante viajaba a Bogotá donde una hija, pero no donde el actor; que puede dar total certeza que no hubo convivencia con el demandante y que la causante; y que desde hace cinco años no tiene contacto o comunicación alguna con el actor. En dicho reporte se señaló que se habló con portería del lugar donde vivía el actor, al celador del conjunto, quien refirió que no tiene información sobre María Inés Díaz Solarte y el actor como pareja.

Pues bien. Revisado el material probatorio en su integridad se tiene que la señora Díaz Solarte falleció ostentando el status de **pensionada**, pues se le reconoció pensión a través de la Resolución 7942 del 30 de noviembre de 1994 (fls. 4 a 7 del archivo 2 y documento obrante en la carpeta 22). En consecuencia, era necesario que se demostrara una convivencia mínima de cinco años con el actor.

Ahora, y para efectos de determinar si dicha convivencia debía ser acreditada dentro de los últimos cinco años de vida de la causante o en cualquier tiempo, es necesario resaltar que le asiste razón al A Quo en cuanto a que el actor contrajo nupcias con la señora María Resfa Palomar Castañeda el 05 de abril de 1991 (fls. 16 y 17 del archivo 17), pese a que había contraído matrimonio a través del rito católico con la causante el 17 de julio de 1959, circunstancia de la que da cuenta la Arquidiócesis de Cali a través de la partida de matrimonio y la certificación expedida el 18 de mayo de 2018 (expediente administrativo-carpeta 22).

De esta manera, se hace necesario rememorar que, de conformidad con los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 era prueba del estado civil respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, el registro civil, empero, que como subsidiario podían allegarse entre otros documentos, el acta de las partidas eclesiásticas. Luego, con el Decreto 1260 de 1970, artículo 105, se concretó que únicamente

era idóneo el primero de ellos; es así como la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16792-2015 determinó que cuando los hechos y actos relativos al estado civil, hubieren tenido ocurrencia con posterioridad la Ley 92 de 1938 debía acreditarse con la respectiva partida o con certificados expedidos con base en los mismos, y en caso de pérdida o destrucción con las actas o folios reconstruidos o con el folio de una nueva inscripción. Al respecto, textualmente se señaló:

“[...] cuando los hechos y los actos relativos al estado civil, así como sus alteraciones, hubieren tenido ocurrencia con posterioridad a la vigencia de la L. 92/1938 debían acreditarse con copia de la respectiva partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. Y que, si dichos documentos no existieran, porque se perdieron o destruyeron, el estado civil se probará con las actas o los folios reconstruidos como lo precisa el art. 99 o con el folio de una nueva inscripción según las voces del art. 100”.

Por tanto, y dado que el matrimonio del accionante con la causante se efectuó el 17 de julio de 1959, era posible considerar como prueba de tal matrimonio el registro civil o las actas eclesiásticas, documentos en todo caso fueron allegados al plenario, no obstante, no debía descartarse por el A Quo el primero, por tener como fecha de registro el 28 de mayo de 2019, pues además de ser un documento que da fe pública de que el matrimonio sí se celebró en dicha época, cuenta además con otros documentos que soportan su celebración, como lo es, la partida de matrimonio y el certificado de la Arquidiócesis de Cali del 18 de mayo de 2018.

Del mismo modo, y en lo que respecta al segundo matrimonio que tuvo el accionante se hace necesario recordar que no es el Juez del trabajo el competente para decidir sobre la eficacia o validez del matrimonio y sus efectos civiles. En efecto en sentencia del de 12 diciembre de 1984, rad. 10897 reiterada en la SL2656-2018, se indicó:

“Es axiomático que la justicia del trabajo no tiene competencia para decidir sobre la validez de matrimonios civiles o eclesiásticos ni para resolver sobre la eficacia o ineficacia de

divorcios concedidos por autoridades extranjeras, de acuerdo con trámites y leyes foráneas.

Son jurisdicciones distintas de la del trabajo, la civil o la canónica, según el caso, quienes tienen potestad para dirimir esa especie de conflictos, y entonces la laboral debe atenerse a lo que hayan decidido estas últimas o, en caso de que nada les hubiere sido propuesto, han de admitir los jueces del trabajo la validez formal de los actos jurídicos de la especie aludida y desprender de ellos las consecuencias que correspondan según los preceptos legales, máxime aún si se recuerda que el fenómeno de la inexistencia de los contratos u otros actos jurídicos no está consagrado en la legislación colombiana.

Entonces, en el caso sub iudice, donde aparece demostrada la celebración de un matrimonio civil por don Bernardo Mora Ochoa y doña Esther Edith Ossa Chavarriaga en la República de México, mediante una partida autenticada, protocolizada y finalmente inscrita en la Notaría Primera de Bogotá como lo exige la Ley, no puede la justicia del trabajo descalificar ese contrato matrimonial para tener a doña Esther Edith como simple compañera permanente de don Bernardo cuando, según dicha prueba, ostenta el estado civil de esposa del señor Mora Ochoa.

Y si, además consta en el expediente que don Bernardo falleció estando pensionado por la Distribuidora, tampoco puede remitirse a duda que doña Esther Edith tiene la calidad de viuda del señor Mora y que, en consecuencia, está habilitada para disfrutar de la pensión de jubilación que recibía don Bernardo, conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985”.

Conforme lo expuesto es pertinente tener por válido el matrimonio celebrado por el demandante y la causante el 17 de julio de 1959, con independencia de la fecha en que este fue registrado y en consecuencia, definir si el actor tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en las condiciones y presupuestos exigidos para el cónyuge, conforme la ley y decisiones como las SL359-2020 SL966-2021, y SL2257-2022, conforme las cuales como ya se examinó en líneas anteriores no se tiene la carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos.

En consecuencia, y dado que de la prueba testimonial así como de las declaraciones extraprocesales es dable establecer que el accionante convivió con la causante por lo menos desde el 17 de julio de 1959, fecha en que contrajeron nupcias, hasta la fecha de su separación de cuerpos, lo que acaeció aproximadamente el 02 de febrero de 2002, esto es, 42 años, 6

meses, y 16 días, considera la Sala que está acreditado el tiempo de convivencia de cinco años requerido.

Frente al punto se observa además que la investigación adelantada por el Consorcio Consiente RM para determinar la convivencia del demandante con la causante únicamente hizo alusión a los últimos cinco años de convivencia sin tener en cuenta la circunstancia concreta de la convivencia anterior; nótese como tuvo como base el testimonio de uno de los hermanos de la causante, Alfredo Díaz, quien afirmó que la causante y el actor dejaron de convivir 15 años atrás, esto es, aproximadamente el 18 de marzo de 2004, y que desde tal data el actor se desentendió totalmente de la cónyuge, así como la falta de pertenencias y de fotos de la causante en la casa del demandante, y la falta de información que tenía el portero del edificio donde vivía este de la señora María Inés Díaz Solarte, de modo que, en el mejor de los casos tal investigación únicamente lograría desestimar una convivencia posterior al 02 de febrero de 2002, pero no anterior a tal calenda.

Así las cosas, la Sala **REVOCARÁ** la decisión del A Quo, y en consecuencia se **CONDENARÁ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor del demandante, con ocasión del fallecimiento de María Inés Díaz Solarte, en las mismas condiciones que esta venía disfrutando su pensión de vejez, a partir del 13 de septiembre de 2017.

Prescripción.

En consideración a que el fallecimiento de la causante acaeció el 13 de septiembre de 2017; que se elevó reclamación administrativa por parte del actor solicitando pensión de sobrevivientes, el 25 de febrero de 2019 (fls. 4 a 7 del archivo 2); y que se demandó el 18 de febrero de 2021 (archivo 3); se concluye que no operó el fenómeno de la **prescripción**, por cuanto no habían transcurrido los tres años de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. entre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01
Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

la causación del derecho y la reclamación del mismo, así como tampoco entre este último evento y la interposición de la demanda.

Intereses moratorios e indexación.

Conforme las voces del artículo 1° de la Ley 717 de 2003, los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que acontece cuando, presentada la solicitud pensional con el lleno de requisitos de ley, la entidad no la resuelve en el término de dos meses

En el sub examine, se observa que las razones esgrimidas por COLPENSIONES en la Resolución SUB 84016 del 08 de abril de 2019, se hicieron consistir en que no se acreditó la convivencia de cinco años previo al fallecimiento de la señora María Inés Díaz Solarte, pues según investigación administrativa, entre el causante y la actora no existió convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores a su deceso (fls. 4 a 7 del archivo 2); argumentos que, a juicio de la Sala no son suficientes para negar la prestación, pues de pretérito al acto administrativo aludido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en que frente a la convivencia de la cónyuge supérstite, el tiempo que se debe acreditar es de cinco años en cualquier tiempo (sentencias como la del 29 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente).

Así las cosas, y dado que la reclamación que elevó el demandante se radicó el **25 de febrero de 2019**, los intereses moratorios se debían comenzar a reconocer a partir **del 25 de abril de 2019**, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021, resaltando además que al resultar próspera la condena por concepto de intereses moratorios, no hay lugar a **indexación**, como quiera que dichas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01

Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

condenas resultan incompatibles, pues la indexación se entiende incluida en los intereses moratorios (SL2876-2022).

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

VII. 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 conocidas de conformidad con las consideraciones que anteceden. En su lugar, se dispone:

A. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a favor de GABRIEL TORRES MELO, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge supérstite, María Inés Díaz Solarte, en las mismas condiciones que esta venía disfrutando su pensión de vejez, a partir del 13 de septiembre de 2017.

B. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de GABRIEL TORRES MELO, intereses moratorios, sobre las mesadas causadas a partir del 13 de septiembre de 2017; los que se deberán calcular a partir del **25 de abril de 2019** hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales que se paguen tardíamente.

C. ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00075-01

Demandante: **GABRIEL TORRES MELO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

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

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01
Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.
Demandado: CENCOSUD COLOMBIA 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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **AURA VERDUGO ESPITIA, MÓNICA ALEJANDRA VEGA CHAPARRO, FABIOLA ANDREA SÁNCHEZ FONSECA, LEONARDO MORENO QUINTANA, DENYS CRISTINA GUACA SEGURA Y ERICK ZALATIEL CELY ESPITIA** promovieron contra **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes solicitan el reconocimiento y pago de dominicales y festivos, al estimar que se pagaron manera deficitaria. Como consecuencia de pretenden el reajuste de salario, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, aportes a seguridad social; y sanción por no consignación de las cesantías.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01
Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.
Demandado: CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** AURA CRISTINA VERDUGO ESPITIA, MÓNICA ALEJANDRA VEGA CHAPARRO, FABIOLA ANDREA SÁNCHEZ FONSECA, LEONARDO MORENO QUINTANA, DENYS CRISTINA GUACA SEGURA, y ERICK ZALATIEL CELY ESPITIA, ingresaron a trabajar al servicio de la demandada, mediante contrato de trabajo a término fijo, el 03 de noviembre de 2015, 06 de octubre de 2008, 17 de mayo de 2016, 18 de junio de 2010, 06 de febrero de 2010, y 17 de marzo de 2015, respectivamente; **2)** AURA CRISTINA VERDUGO ESPITIA, MÓNICA ALEJANDRA VEGA CHAPARRO, FABIOLA ANDREA SÁNCHEZ FONSECA, LEONARDO MORENO QUINTANA, DENYS CRISTINA GUACA SEGURA, y ERICK ZALATIEL CELY ESPITIA, desempeñaban el cargo de Auxiliar Cajas, Coordinador Cajas, Auxiliar Gama Blanca, Coordinador Control Perdidas, Auxiliar Cajas y Auxiliar Cajas, con una remuneración de \$1'003.700, \$1'215.800, \$789.100, \$1'215.800, \$889.300, y \$963.000, respectivamente; **3)** Trabajaban habitualmente los días domingos, no obstante, le pagaban los dominicales de manera deficitaria, así como los festivos; **4)** Se liquidaba prestaciones sociales a cada trabajador sin tener en cuenta su verdadero salario; **5)** AURA CRISTINA VERDUGO ESPITIA, MÓNICA ALEJANDRA VEGA CHAPARRO, FABIOLA ANDREA SÁNCHEZ FONSECA, LEONARDO MORENO QUINTANA, DENYS CRISTINA GUACA SEGURA, y ERICK ZALATIEL CELY ESPITIA, terminaron su relación laboral el 21 de junio de 2019, el 15 de junio de 2018, el 11 de julio de 2018, el 06 de noviembre de 2018, el 30 de enero de 2019, y el 15 de agosto de 2018, respectivamente; **6)** La liquidación final de prestaciones sociales no se realizó sobre el salario real; y **7)** CENCOSUD COLOMBIA S.A. absorbió mediante fusión entre otras sociedades, a la Sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CENCOSUD COLOMBIA S.A. (archivo 16), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa, pago,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01

Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.

Demandado: CENCOSUD COLOMBIA S.A.

buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo con los demandantes en los términos que se señalaron en la demanda, así como el salario y los cargos; y que la demandada absorbió mediante fusión entre otras sociedades, a la Sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. No aceptó los demás hechos.

Indicó que pagó la totalidad de dominicales y festivos laborados por los demandantes; y que sin que implique aceptación de las pretensiones, al demandarse el 16 de julio de 2021, estarían prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2018.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de marzo de 2022, dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, el A quo refirió que no existió controversia en cuanto a la existencia de la relaciones laborales de los demandantes en los extremos temporales señalados en la demanda; que en interrogatorio de parte fueron contestes todos los demandantes en señalar que les eran entregados un día compensatorio, dado que prestaban habitualmente sus servicios el día domingo, de modo que, el pago que se debía efectuar era de un 75% adicional; y que en los comprobantes de nómina está acreditado el pago de dominicales con base en un 75%.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que existe una errada manera de aplicar el componente aritmético para remunerar lo laborado dominicales y festivos; que en la liquidación sólo se aplicó el 0.75 el valor de la hora, lo que es un valor puro y simple, y no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01
Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.
Demandado: CENCOSUD COLOMBIA S.A.

recargado; que no es lo mismo trabajar un domingo de forma habitual, que trabajarlo ocasionalmente, pues el domingo laborado de forma habitual tiene una remuneración de 3,75 días ordinarios, de los que la primera unidad corresponden a los domingos incorporados en el salario, la segunda, la obligatorio día de descanso que se tiene que dar, y el recargo es el 1,75; que por lo anterior, no se está pagando el recargo, por cuanto se está eliminando la unidad; que el juzgador de segunda instancia tiene la posibilidad de aplicar las facultades ultra y extra petita porque es un juez constitucional permanente, por lo que tiene la obligación de responder por los derechos sociales, y verificar si hay lugar a la sanción moratoria; y que interpretando la demanda es dable establecer que se pidió la sanción moratoria por el no pago.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, 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 éstas, 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 el problema jurídico se circunscribe a determinar si no se pagó en debida forma dominicales y festivos a los trabajadores demandantes.

Del salario en dominicales y festivos.

Los recargos dominicales y festivos, se encuentran regulados principalmente en los artículos 177 y 179 del C.S.T., normas que disponen:

“ARTICULO 177. REMUNERACION. <Artículo modificado por los artículos 1o. y 2o. de la Ley 51 de 1983. El nuevo texto es el siguiente:>

ARTÍCULO 1. Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: Primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días jueves y viernes santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

2. Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús cuando no caigan en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo, el descanso remunerado, igualmente se trasladará al lunes.

3. Las prestaciones y derechos que para el trabajador origina el trabajo de los días festivos, se reconocerán en relación al día de descanso remunerado establecido en el inciso anterior.

ARTÍCULO 2. La remuneración correspondiente al descanso en los días festivos se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por falta al trabajo.”

“ARTICULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.

Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.

PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”.

En ese sentido, los días domingos y festivos son días de descanso remunerado, aunque las partes pueden acordar que su día de descanso sea cualquier otro.

Ahora bien, conforme al artículo 179 del C.S.T. el trabajo dominical ocasional o excepcional se presenta cuando en un mismo mes se labora uno o dos domingos, y en dichos casos la norma que resulta aplicable es el artículo 180 del C.S.T., norma que dispone:

“ARTICULO 180. TRABAJO EXCEPCIONAL. <Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior.

Para el caso de la jornada de treinta y seis (36) semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley, <161 c.s.t.> el trabajador solo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo”.

Es así como los trabajadores tienen derecho a escoger entre la remuneración del trabajo dominical o el descanso compensatorio, dependiendo de lo que más se ajusta a sus intereses y necesidades; sin embargo, cuando el trabajo dominical es habitual, esto es, cuando en el mismo mes el trabajador labora tres o más domingos, sean consecutivos o no, según lo dispone el parágrafo segundo del artículo 179 del C.S.T., se debe aplicar la regla dispuesta en el artículo 181 ejusdem; norma que establece:

“ARTICULO 181. DESCANSO COMPENSATORIO. <Artículo modificado por el artículo 31 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley <161 c.s.t>, el trabajador solo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo”.

De esta manera, el trabajador recibe dos beneficios: el pago del trabajo dominical y el descanso compensatorio por cada domingo laborado.

Ahora, y en cuanto a la remuneración que se debe por el trabajo los días domingos y festivos, el aludido artículo 179 del C.S.T. numeral 1°, es claro en señalar que se debe remunerar con un recargo del 75%, de modo que, se debe pagar sobre el 175%, es decir, con el 100% del valor de la hora ordinaria más el recargo del 75%.

En el sentido expuesto en precedencia se pronunció la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4930-2020, en la que se señaló:

“1. El régimen de descanso obligatorio y el trabajo en estos días o feriados, según el Código Sustantivo del Trabajo

Comienza la Sala por recordar que el régimen de remuneración previsto para el trabajo que se desarrolla en los domingos o festivos está regulado principalmente en los artículos 179, 180 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo. El primero de éstos, modificado por el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 y posteriormente por los artículos 29 de la Ley 50 de 1990 y 26 de la Ley 789 de 2002, establece que «[E]l trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas».

Ahora bien, de conformidad con el párrafo segundo del artículo en cita, trabajar el domingo de forma ocasional supone trabajar «[...] hasta dos domingos durante el mes calendario» y hacerlo de forma habitual implica la labor durante «[...] tres o más domingos durante el mes calendario». Esta distinción es fundamental comoquiera que, de acuerdo con el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990, «[E]l trabajador que labore excepcionalmente el día descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior».

Luego, si el trabajador labora solo uno o dos domingos durante el mes calendario, podrá elegir entre un descanso compensatorio remunerado en la semana inmediatamente posterior o la

retribución del 75% sobre su salario ordinario, a título de recargo.

Por su parte, si el trabajador labora de forma habitual el día de su descanso obligatorio, tiene derecho inexorablemente «[...] a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo», con base en lo estipulado en el artículo 181 del código en mención, modificado por el artículo 31 de la Ley 50 de 1990.

De esta manera, ante el trabajo habitual en día de descanso, el trabajador no solo deberá descansar compensatoriamente de forma obligatoria y remunerada en la semana posterior a convenir con el empleador, sino que devengará la retribución, a título de recargo, del 75% respecto del salario diario ordinario conforme la estipulación del citado artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como lo modificó el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, que disminuyó la retribución del día laborado en día de descanso obligatorio del 100% al 75%, reforma que fue hallada conforme a la Constitución mediante fallos CC C-038 de 2004 y CC C-257 de 2011 por la Corte Constitucional.

Así se cumple, además, la regla general prevista en el numeral 1° del artículo 175 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la excepcionalidad del trabajo el día que está previsto para el descanso y dispone que «[E]l trabajo durante los días de descanso obligatorio solamente se permite retribuyéndolo o dando un descanso compensatorio remunerado»; de modo que ante la ocasionalidad se permite al trabajador canjear su descanso por el recargo legal y ante la habitualidad además de éste, se le exige -y remunera- el descanso.

Así lo ha entendido de vieja data la Corte en las sentencias CSJ SL3567-2019; CSJ SL, 11 diciembre de 1999, radicación 10079; CSJ SL, 10 diciembre de 1998, radicación 10921 y CSJ SL, 4 febrero de 1998, radicación 10297”.

Aunado a lo anterior, y de conformidad con el criterio inveterado de la Sala de Casación Laboral y en decisiones, como por ejemplo las del 15 de julio de 2008, Rad. 31637, SL3009-2017, SL1058-2020, y SL1994-2020, las horas extras, dominicales y festivos laborados han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Sobre el tópico, dijo la H. Corte:

“Con todo, juzga la Corte precisar que los documentos de folios 8 a 88, en primer lugar no tienen la suficiente vocación de acreditar, por sí solos, que el actor laboró determinadas horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, en la cantidad allí establecida y, en segundo término, que no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. De no ser así, la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras, dominicales y festivos, bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor, que es lo que en últimas pretende el actor en su discurso.

Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador, aspecto que el mismo recurrente no desconoce cuando afirma que “Por supuesto que no indican de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas, pero sin duda permiten dar por demostrado, que los valores y registros consignados en las documentales de los folios 8 a 88 del cuaderno principal son totalmente ciertos” (folio 15, cuaderno 3), aserción que no pasa de ser una mera suposición o conjetura.

Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo mas allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.

Del caso en concreto.

No existe controversia en el juicio respecto a **i)** la existencia del contrato de trabajo que existió entre cada uno de los demandantes y el demandado, en los extremos temporales indicados en la demanda y aceptados en la contestación de la misma, así como los salarios devengados y los cargos desempeñados por cada uno de los demandantes (fls. 77 a 100, 201 a 222, 499 a 512, 571 a 591, 833 a 846 y 1073 a 1098 del archivo 1); y **ii)** Los demandantes laboraron diversos domingos y festivos al servicio de la demandada durante el tiempo que perduró cada una de sus relaciones laborales, según comprobantes de pago obrantes a folios 101 a 197, 513 a 565, 592 a 828, 847 a 1067, y 1099 a 1184, así como los que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01
Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.
Demandado: CENCOSUD COLOMBIA S.A.

avizoran en la carpeta “DOCUMENTOS CONTESTACIÓN” que obra en el link del archivo 32.

Así mismo, AURA VERDUGO ESPITIA, MÓNICA ALEJANDRA VEGA CHAPARRO, FABIOLA ANDREA SÁNCHEZ FONSECA, LEONARDO MORENO QUINTANA, y ERICK ZALATIEL CELY ESPITIA rindieron interrogatorio de parte, manifestando que les daban un día de compensatorio entre semana, y que por lo general trabajaban tres domingos en el mes.

Pues bien. Sea lo primero indicar que en tales condiciones es dable establecer que los demandantes laboraban los días domingos, y de conformidad con los comprobantes de pago obrantes a folios 101 a 197, 513 a 565, 592 a 828, 847 a 1067, 1099 a 1184, y en la carpeta “DOCUMENTOS CONTESTACIÓN” que obra en el link del archivo 32, que en varios meses se trabajó más de dos domingos en el mes.

En consecuencia, y al estar frente a la causación de domingos habituales, en los términos del artículo 181 del C.S.T. en consonancia con la sentencia SL4930-2020, le correspondía al empleador el pago del trabajo dominical y el descanso compensatorio por cada domingo laborado; lo que significa que el trabajador no solo debía descansar compensatoriamente de forma obligatoria y remunerada en la semana posterior a convenir con el empleador, sino que devengará la retribución, a título de recargo, del 75% respecto del salario diario ordinario conforme la estipulación del artículo 179 del C.S.T.

Así las cosas, no encuentra asidero lo expuesto por apoderado de la parte actora en su apelación, esto es, que la liquidación se debió realizar teniendo en cuenta una remuneración de 3,75 días ordinarios, donde la primera unidad corresponde a los domingos incorporados en el salario, la segunda, al día obligatorio que se tiene que dar, y el recargo de 1,75, no encuentra asidero; y por el contrario, le asiste razón al A Quo al señalar que el valor a pagar por concepto de dominicales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01

Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.

Demandado: CENCOSUD COLOMBIA S.A.

era el día compensatorio, el que aceptaron los demandantes en interrogatorio de parte les fue otorgado entre semana, así como el 75% correspondiente al recargo, respecto de lo que no existió controversia en su aplicación.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala comparte la decisión de primera instancia, por lo que la **CONFIRMARÁ**, y por sustracción de materia, se abstendrá de establecer si hay lugar al reajuste de prestaciones sociales, así como si es dable condenar por concepto de sanciones moratorias, pues dichas pretensiones dependían de la prosperidad del reajuste del salario en virtud a la inclusión de un mayor valor por concepto de dominicales y festivos.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. 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. - 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2021-00108-01
Demandante: AURA VERDUGO ESPITIA Y OTROS.
Demandado: CENCOSUD COLOMBIA S.A.

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 \$150.000 a cargo de cada demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

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 noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

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 (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida el 02 de marzo de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **RAÚL RODELO VÁSQUEZ** promoviese en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende el reembolso de la suma de \$7'452.681 por concepto de gastos en que incurrió en el procedimiento quirúrgico de ojo derecho, consultas, y compra de medicamentos.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** En febrero de 2014 fue sometido a cirugía de catarata en

el ojo derecho; **2)** En junio de 2017, empezó a sentir molestias en su ojo derecho, por lo que acudió al médico que había llevado a cabo su cirugía en 2014, quien le manifestó que presentaba un desprendimiento de retina con riesgo de perder totalmente la visión; **3)** El 07 de julio de 2017 fue operado por el Retinólogo Ricardo Infante de Germán Ribón, de manera exitosa; **4)** Le fueron prescritos diversos medicamentos, así como fue sometido a varios controles médicos en el Centro Oftalmológico Ebenezer; **5)** El 14 de septiembre de 2017 radicó ante SALUD TOTAL E.P.S. solicitud de reembolso de gastos médicos, no obstante, no se le dio una respuesta; y **6)** El 07 de junio de 2018 presentó acción de tutela, en la que se ordenó a SALUD TOTAL E.P.S. que diera respuesta de fondo a su petición, sin embargo, se señaló que la solicitud efectuada era extemporánea.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SALUD TOTAL E.P.S. (archivo 3) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de los requisitos establecidos en la normatividad vigente para acceder al reembolso por concepto de procedimientos/medicamentos;

Indicó que ante la situación de salud que presentaba el demandante, este debió haber informado a la E.P.S., solicitando los correspondientes servicios de salud; que la solicitud de reembolso se debía realizar dentro de los 15 días siguientes al alta del paciente; que el actor fue atendido por una entidad ajena a su red prestadora de servicios de salud; que en caso de efectuarse el reconocimiento de los valores pretendidos, se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos, pues quien responde por estos es la A.D.R.E.S.; y que si se impone sentencia condenatoria, esta deberá realizarse teniendo en cuenta las tarifas SOAT o aquellas establecidas por el Ministerio de Salud.

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, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 02 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (archivo 4):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** parcialmente a las pretensiones formuladas por el actor.

TERCERO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. a reconocer y pagar a favor del actor, la suma de \$7'322.000, en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

En síntesis, refirió que el derecho a la salud es fundamental; que la prestación del servicio a la salud se guía por principios tales como, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que conforme a concepto rendido por el galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez, la condición clínica del actor era una urgencia oftalmológica que debía ser tratada inmediatamente, para efectos de evitar mayores complicaciones en su salud; que por lo anterior, era dable que el accionante acudiera a una red ajena a los prestadores de servicios de salud de la E.P.S., pues estaban frente a una urgencia oftalmológica; y que el plazo establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 no es prescriptivo, tan solo es el término que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo ante la propia entidad, sin que ello afecta la posibilidad de acudir a vías judiciales para lograr el pago del servicio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

SALUD TOTAL E.P.S. (archivo 5) señaló que el actor, ante la presunta y manifiesta urgencia en la atención por su estado de salud, debió haber informado a Salud Total E.P.S.-S S.A., y/o dirigirse a cualquiera de la red prestadores del servicio de Salud, por lo que era su obligación haber solicitado los correspondientes

servicios de salud a la entidad, para así realizar la respectiva gestión en la prestación de servicios de salud; que por lo anterior, no se podría predicar que haya vulnerado los derechos fundamentales del demandante, toda vez que no se le informó en debida forma de los servicios médicos que se necesitaban; que el artículo 14 de Resolución 5261 de 1994 dispone que la solicitud de reembolso deberá hacerse en los 15 días siguientes al alta del paciente, lo cual no se efectuó; que la E.P.S. no hace reconocimientos ni asume ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas a su red de servicios; que los procedimientos y medicamentos suministrados por la E.P.S son cancelados con recursos del Estado pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, por lo que, en tal sentido, una vez las E.P.S. efectúan el pago, hacen el recobro de tales sumas al A.D.R.E.S., de modo que, en el evento de efectuarse condena, habría una indebida destinación de recursos públicos; y que en caso de que el fallador desestime los argumentos, el reconocimiento económico del reembolso se debe hacer con las tarifas S.O.A.T. o aquellas que tenga establecidas el Ministerio de Salud.

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 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.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de los servicios médicos oftalmológicos que se prestaron a favor del accionante, ante el presunto incumplimiento en la prestación de tales servicios por parte de la E.P.S.

Será lo primero reseñar, que 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 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).

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es 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.

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”.

Así mismo, 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”.

En relación con los términos del citado artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, la H. Corte Constitucional en sentencias como la T-594 de 2007 y T-650 de 2011, ha establecido que la **vulneración de los derechos de un afiliado se torna más gravosa, cuando la entidad niega el reconocimiento del pago de los urgencias asumidas por el afiliado, con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, como es la extemporaneidad de la reclamación, esto es, vencido el término establecido en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994**, según la cual “... *la solicitud de reembolso deberá hacerse dentro de los quince (15) días siguientes al alta del paciente...*”; circunstancias que a juicio de máximo tribunal constitucional no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación. En sentencia T-594 de 2007 señaló:

“Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten.

Pero adicionalmente, para esta Sala es claro que la exigencia de este requisito por parte de la entidad accionada, dadas las circunstancias particulares del accionante, requería ser

atemperada a la luz de los mandatos constitucionales, en particular, del deber de solidaridad establecido en la Carta Política. En efecto, la importancia de la función que tienen a su cargo las entidades prestadoras de servicios de salud, implica que la aplicación de requisitos como el señalado no pueda corresponder a un mero ejercicio automático de adecuación, que no consulte las circunstancias especiales que pueda revestir cada caso concreto. La anterior consideración adquiere una importancia mayor en aquellos eventos en los cuales la única razón para negar el reconocimiento de la prestación solicitada, es precisamente el incumplimiento de un presupuesto formal, como lo es el del término para elevar la solicitud de reembolso correspondiente ante la entidad”.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

No existe controversia o se encuentra acreditado en juicio que **i)** El actor se encuentra afiliado a SALUD TOTAL E.P.S. desde el 01 de agosto de 2015 (fl. 69 del archivo 1); **ii)** El 29 de junio de 2017, fue valorado por el Centro Oftalmológico Ebenezer S.A.S., oportunidad en la que se señaló que presentaba un desprendimiento de retina bulloso inferior con compromiso macular parcial, por lo que era necesaria la cirugía *Vitrectomia Retinopexia*, y realizarse “hoy” valoración pre anestésica (fls. 15 a 20 del archivo 1); **iii)** El 07 de julio de 2017, el Centro Oftalmológico Ebenezer S.A.S. realizó el procedimiento quirúrgico denominado Vitrectomia Posterior + Retinopexia con Buckle+ Endolaser+ Endogas en SOD, y se remitieron medicamentos y controles (fls. 21 a 57 del archivo 1); **iv)** El 14 de septiembre de 2017, el demandante solicitó el reembolso de los gastos que asumió, no obstante, SALUD TOTAL E.P.S. dio respuesta por orden de tutela el 17 de octubre de 2017, manifestando que la petición era extemporánea (fls.58 a 67); y **v)** El galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez rindió concepto de la situación del actor informando que el desprendimiento de retina regmatógeno es una patología devastadora que genera impactos negativos en la calidad de vida de los pacientes, siendo necesario realizar una cirugía precoz, pues si tarda más de una semana, la posibilidad de restablecer la visión previa al desprendimiento va a ser menor, es ideal realizarla el mismo día, el día siguiente o a los dos días de haberse producido, así como que era necesario que lo realizara un cirujano experto, pues es necesario el éxito de la primera

intervención para evitar complicaciones y reducir el riesgo de la pérdida de visión (archivo 4).

Pues bien. Del análisis integral de los documentos allegados, no queda duda alguna de la consulta médica del 29 de junio de 2017 a la que acudió el actor en el Centro Oftalmológico Ebenezer, ya que presentaba un desprendimiento de retina, en donde le fue informado que necesitaba una intervención quirúrgica y ese mismo día la valoración pre anestésica previa al procedimiento; luego, de la sola lectura del documento de la referencia se desprende patente el carácter urgente del requerimiento médico ordenado al actor debido a la condición de salud delicada que se advirtió para dicha calenda, lo que juicio de la Sala, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que según concepto del galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez, médico adscrito a la Superintendencia de Salud, la patología del actor era “devastadora” y era “necesaria” una cirugía “precoz”, pues si tardaba más de una semana, la posibilidad de restablecer la visión iba a ser menor, por lo que, lo pertinente según el concepto del galeno era realizarla el mismo día, el día siguiente o a los dos días de haberse producido; cirugía que en todo caso, debía realizarla un cirujano experto, pues el éxito de esta evitaría complicaciones y reduciría el riesgo de la pérdida de visión.

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo 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 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 incluso 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 fue el de establecer que el accionante requería de una intervención quirúrgica prioritaria, determinación que claramente buscaba preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de los signos y síntomas que presentaba el demandante en relación con el órgano de la vista; apreciación que es conteste con el concepto médico rendido por el galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez, como quedó visto.

Igualmente, considera la Sala que la decisión del accionante no fue caprichosa, pues por el contrario y ante una emergencia médica visual y el riesgo inminente de perder la vista, lo que correspondía era lograr una atención oportuna para evitar cualquier riesgo o complicación en la salud visual del actor, y de

esta manera verse protegido de forma oportuna el derecho fundamental a su salud.

Así entonces, evidenciando claro y no controvertido el criterio médico que conceptuó y prescribió con urgencia la realización de un procedimiento oftalmológico al demandante, ante el riesgo inminente de pérdida de la vista, no queda duda de la pertinencia del suministro inmediato, efectivo y material de los servicios médicos ordenados tendientes a superar la condición médica de manera rápida y ágil, pudiendo ante tal escenario, acudir a un médico ajeno a la red prestadora de servicios de su E.P.S., pues era imprescindible para proteger la salud y vida del accionante, que ésta recibiera el respectivo tratamiento de forma pronta, pues su situación era de carácter prioritario; tanto así que, el galeno que lo atendió en la consulta oftalmológica ordenó su revisión ese mismo por la especialidad de anestesia, luego, las reglas de la experiencia sin duda permiten afirmar que la inminencia del daño era tal que el procedimiento no daba espera.

Finalmente, y en lo que respecta a que se debieron aplicar las tarifas S.O.A.T., ciertamente el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 establece que los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público, esto es, las que se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas S.O.A.T., o Decreto 2423 de 1996.

Dicho lo anterior, se remite la Sala al correspondiente manual con las respectivas actualizaciones al año 2017, sin que logre establecerse con certeza, que los exámenes diagnósticos asumidos por el accionante, consulta oftalmológica, controles e insumos, oftamox, winadeine, diclofenaco, jeringa, y la cirugía denominada "*Vitrectomia Posterior + Retinopexia con Buckle + Endolaser + Endogas en SOD*", se encuentran incluidos en el listado allí establecido, pues si bien es cierto, en las tarifas aludidas se hace mención de diversas vitrectomías, no se tiene certeza de cuál corresponde a la que fuere realizada al

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-01449 -01
Demandante: RAÚL RODELO VÁSQUEZ.
Demandado: SALUD TOTAL E.P.S.

accionante, puesto que allí se hace alusión a las siguientes: “Vitrectomía”, “Vitrectomía con o sin inserción de silicón gases y endogases”, “Vitrectomía más retinopexia”, y “Vitrectomía con inserción de silicón y/o gases”.

Aunado a ello, la demandada no desplegó ningún tipo de labor probatoria para acreditar que los medicamentos, insumos, y el procedimiento quirúrgico que le fue practicado al actor, se encuentra enmarcado en alguno de los que contiene el manual tarifario SOAT, por lo que, en tales condiciones, se considera que el reconocimiento prestacional requerido por el demandante se debe pagar conforme a valor de las facturas allegadas, ante tal insuficiencia probatoria.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la decisión proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud .

Sin costas en esta instancia.

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-01449 -01
Demandante: RAÚL RODELO VÁSQUEZ.
Demandado: SALUD TOTAL E.P.S.

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