



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Gabriel Alfonso Ramírez Alvarado
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Administradora de Pensiones Y Cesantías - Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-019-2020-00336-01 11001310501920200033601

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los art. 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (pdf. 07, 08 y 09, C02), se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a María Natalia Álvarez Rueda, con Tarjeta Profesional n.º 324.097 del Consejo Superior de la Judicatura.

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el Proceso Ordinario Laboral adelantado por el señor Gabriel Alfonso Ramírez Alvarado.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de traslado, efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS, en febrero de 1998; consecuentemente se orden a la AFP Porvenir SA retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y gastos de administración, con destino a Colpensiones, la cual deberá recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; por último que se conde en costas y agencias (pág. 4, pdf. 03, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que; nació el 16 de noviembre de 1963, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales en adelante ISS con la convicción de ser esta entidad la más estable para su pensión, para el 28 de febrero de 1998 tenía un total de 659.86 semanas acumuladas, fecha última en la que los asesores de la AFP Porvenir SA le presentaron el nuevo régimen y le ofrecieron beneficios superiores a los que obtendría en el RPMPD, empero que no le indicaron el capital que debía acumular, el riesgo de sus inversiones, no le realizaron una proyección de su mesada pensional, no le informaron de manera comparativa los dos regímenes.

Aunado a ello, el 29 de julio y 6 de agosto de 2020, radicó derechos de petición ante la AFP Porvenir SA y Colpensiones respectivamente, donde solicitó se declare la ineficacia y se retorne al RPMPD, que como respuesta Porvenir SA le indicó que no era posible acceder a su solicitud; y, del mismo modo Colpensiones el 4 de septiembre de 2020 le indicó que no era posible.

Por último, en una proyección que le fue allegada por Porvenir SA, es que a sus 63 años de edad su mesada pensional sería de \$ 877.803; en vista de ello en una proyección realizada por su poderdante, en el RPMPD conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003 es que a sus 56 años de edad su mesada pensional equivaldría a \$ 1.990.320 (págs. 4 y 5, pdf. 03, C01)

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA aseguró no constarle ninguno de los hechos, por otro lado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones a los que hace referencia el accionante; propuso excepciones de mérito que nomino prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (págs. 2-10 y 21-24, pdf. 06, C01).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento del accionante, su afiliación al ISS desde el 28 de mayo de 1985 hasta el 28 de febrero de 1998 con un total acumulado de 659,86 semanas, que el accionante elevó una petición el 6 de agosto de 2020 la cual dio respuesta el 4 de septiembre de 2020; por otro lado se opuso a todas y cada una de las pretensiones, propuso excepciones de mérito que denominó, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público (págs. 3-7 y 20-37, pdf. 07, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 27 de octubre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado del señor **GABRIEL ALFONSO RAMÍREZ ALVARADO**, identificado con C.C N° 79043117, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.**, identificada con el NIT 800.144.331-3, realizado el día 13 de febrero de 1998 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **GABRIEL ALFONSO RAMÍREZ ALVARADO**, identificado con C.C N° 79.043.117, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 25 de mayo de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada sociedad **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.**, identificada con NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor **GABRIEL ALFONSO RAMÍREZ ALVARADO** identificado con C.C N° 79.043.117

como son las cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUATRO: Al momento de cumplir esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle personalizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en si contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

Consideró que, conforme a la línea jurisprudencial, cuando se trata de los traslados de regímenes pensionales, las entidades que están encargadas de su dirección y funcionamiento deben garantizar la información suficiente, transparente, libre y voluntaria a los afiliados que les permita elegir entre esas opciones posibles del mercado la que mejor se ajuste a sus intereses.

Aunado a ello, resaltó que de los dos regímenes pensionales corresponde un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por el mismo, en este caso Porvenir SA con la prueba que acredite que este cumplió con la obligación de darle la información y la suficiente ilustración frente a los regímenes, también deberá probar ante la autoridad administrativa o judicial, su cumplimiento, bajo la luz jurisprudencial, se tiene que no sufre variaciones cuando se trate de afiliados que no sean beneficiarios del régimen de transición, como es el caso aquí del aquí demandante, es así que deber de información es ineludible y no se sule con la declaración contenida en el formulario, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP.

Por ello concluyó que, conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP demandada no cumplió con la carga de la prueba para acreditar el deber legal de información suficiente y transparente, con el fin de que el demandante conociera las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como todas aquellas implicaciones que tuviera el traslado de régimen pensional y si eventualmente el demandante era beneficiario del régimen de transición, a fin de que pudiera tomar

una decisión verdaderamente informada sobre lo que él consideraba mejor para su futuro, respecto de las excepciones propuestas por las demandadas las declaró no probadas, pero esta resolución no quedó consignada en el acta respectiva (f. 16, C01).

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó respecto de la carga de la prueba que consagra el art. 167 del CGP, es deber de las partes probar sus supuestos facticos en que se fundan sus alegaciones, por lo cual resulta desproporcional colocar la carga de la prueba a las AFP, y en el caso de Colpensiones es las más afectada, máxime cuando la afiliación se dio en el año de 1998, y han transcurrido más de 21 años a la fecha, razón por la cual es imposible demostrar las circunstancias que rodearon la suscripción del demandante (pdf. 16, C01).

Porvenir SA, expuso respecto del numeral tercero, que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, dado que de acuerdo al inc. 2. del art. 20 de la Ley 100 de 1993, se destina el 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, lo cuales no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción, aunado a ello el hecho de ordenar el traslado de los mismos a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución.

A ello agregó que, dichos dinero pertenecen al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, así mismo deberá declararse la prescripción de respecto de la devolución de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales o cualquier otra suma diferente al capital de su cuenta, por cuanto no son valores que le corresponden al afiliado.

Por último, el ordenar el traslado de los rendimientos excluye toda indexación ordenada, dado que los rendimientos superan cualquier posible devaluación económica que se pudo presentar sobre los aportes del demandante (pdf. 16, C01).

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que el formulario de afiliación suscrito por el demandante es un documento público que se presume auténtico según lo dispuesto en los arts. 243 y 244 del CGP, y el par. del art. 54A del CPTSS, además que contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido por lo que no es dable restarle valor.

De acuerdo a ello, agregó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación suscrito; contrario a lo que adujo el juzgador de primer grado, por cuanto tuvo que la AFP no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes al momento de la vinculación, empero este supuesto no se ajusta a la realidad procesal como quiera que se cumplió con la carga en la medida en que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que el demandante se vinculó con una decisión libre e informada (pdf. 10 y 11, C02).

La apoderada de **Colpensiones** argumentó que, de acuerdo a la normatividad vigente, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida por la Ley 797 de 2003, es decir el afiliado que este próximo a pensionarse no podrá trasladarse cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, aunado a ello agregó que no evidencia que en el expediente obre prueba alguna respecto de que se configure vicio de consentimiento alguno, además que se torna imposible probar hechos ocurridos en 1998 es decir 23 años atrás.

Respecto del deber de información, agregó que este se materializó en la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento contenido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario sin presiones e informado, que anteriormente y teniendo en cuenta las leyes que surgieron para los años de 1993 y 2014 no se exigía nada diferente al documento de afiliación (pdf. 05 y 06, *ídem*).

La apoderada de la parte **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda, agregó que de igual forma los fondos no demostraron una información amplia, clara, precisa y suficiente de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, que a la AFP le corresponde un supuesto negativo que solo puede

desvirtuarlo mediante la prueba que acredite que cumplió con dar la información y la documentación de traslado (pdf. 12 y 13, *ídem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Gabriel Alfonso Ramírez Alvarado al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 16 de noviembre de 1963 (pág. 1 pdf. 15 C01); ii) cotizó al ISS desde 28 de mayo de 1985, hasta 28 de febrero de 1998 (*ídem*); iii) el 13 de febrero de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA efectivo el 1° de abril de 1998 (pág. 130, pdf. 06, C01), mediante formulario con radicado n.º 1006513 (pág. 62, pdf. 06, *ídem*), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1834 semanas conforme la historia laboral generada por dicha AFP el 21 de febrero de 2021 (págs. 66-129 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que

atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

El segundo aspecto a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

De tal manera que, al haberse indicado por el actor que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba al demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 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, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u

otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto Porvenir SA afirmó al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida de manera suficiente para el caso (pdf. 06, C01), y en sus alegatos hizo hincapié en que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación suscrito, la Sala no encuentra acertada tal objeción, porque el demandante fue claro al manifestar en su interrogatorio que, no le explicaron las características de ambos regímenes, tampoco los riesgos que corría su cuenta de ahorro individual y no recibió la información referente a la fecha límite para poder retornar al régimen, observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía de ambos regímenes, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características.

En consecuencia, no hay prueba de la asesoría de Porvenir SA, entidad que tenía la carga de probar que realmente suministró la información al momento de la vinculación que implicó el traslado de régimen. Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Así las cosas, en el caso a estudio concluye la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico

al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Según el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado

impuestas a Porvenir SA, deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. CONDENA EN COSTAS A LA PARTE VENCIDA EN JUICIO

Son las costas procesales los gastos económicos sufragados por parte que venció en juicio, y que deben ser declarados por el Juez de conocimiento en la sentencia en contra de la parte vencida.

La norma que consagra la condena en costas se encuentra consagrada en el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, que precisa:

Condena en Costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)

Por lo que las costas procesales están relacionadas con los gastos necesarios o útiles para el desarrollo de las actuaciones procesales, y que siempre se liquidan en favor de la parte que venció en juicio, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 366 del CGP aplicado por la analogía del art. 145 del *ibidem*.

La CSJ en Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión, ha manifestado al respecto en proveído AL2924-2020

Es pertinente recordar, que las costas son aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto, que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, para este caso, lo es el extremo activo. De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adicionará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 27 de octubre de 2022 dentro del proceso promovido por Gabriel Alfonso Ramírez Alvarado contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que **Porvenir SA** deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la

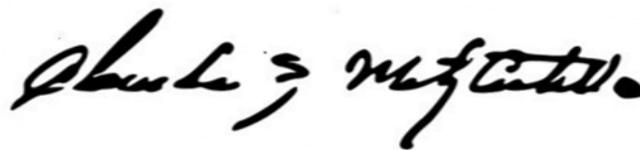
información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consultada, por los motivos antes expresados.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor de demandante, sin condena en costas a cargo de Colpensiones.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eoe4h5iGkeJAhiWFmGGWegABQ6m5UHY1oZ96AnevkdAYKA?e=Y9OPJV



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Carlos Alberto Ruiz Valero
DEMANDADA:	Porvenir SA y Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-002-2021-00164-01 11001310500220210016401

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los art. 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (pdf. 07, 08 y 09, C02), se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora Giomar Andrea Sierra Cristancho, con Tarjeta Profesional 288.886 del Consejo Superior de la Judicatura.

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado efectuado el 18 de septiembre de 1996, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS administrado por Porvenir SA; en consecuencia, se ordene a dicha entidad devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional que haya a lugar y la actualización de su historia laboral; y, por último se condene en costas y agencias en derecho (pág. 5, arch 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de octubre de 1963, se afilió desde el 18 de julio de 1991 al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para el 18 de septiembre de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, en dicho momento el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, no se le hizo un estudio de su situación particular; resaltó que en este caso quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional es esta última AFP en mención.

Por otro lado, mediante una simulación realizada por la AFP Porvenir SA, es que a sus 58 años de edad, esto es para el año 2021, el valor de su mesada pensional equivaldría a la suma de \$2.007.308; empero que realizó una simulación conforme a lo estipulado en la Ley 797 de 2003 para saber el valor de su mesada en el RPMPD y es que a sus 62 años, esto es para el año 2025, el valor de su mesada pensional sería de \$ 7.349.426.78; «que desde 18 de julio de 1991 hasta el 26 de octubre de 2025, arroja un total superior a las 1.643 semanas cotizadas (31 años, 11 meses y 11 días)»

Por último, argumentó respecto de la reclamación administrativa que, radicó derecho de petición ante Colpensiones el 27 de octubre de 2020, con radicado n.º 2020_10887395, frente a la cual dicha entidad emitió respuesta negativa mediante el radicado n.º BZ2020_10922585-2241877 (pág. 5 y 6, arch. 01, C01).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones aceptó los siguientes hechos, **i)** el traslado del RPMPD al RAIS fue el 18 de septiembre de 1996, **ii)** el demandante nació el 26 de octubre de 1963, **iii)** radicó derecho de petición el 27 de octubre de 2020 con radicado n.º 2020_10887395, al cual presentó respuesta negativa con radicado n.º BZ2020 10922585-2241877; por otro lado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público (págs. 5-7 y 19-36, pdf. 06, C01).

Porvenir SA, aseguró no constarle ninguno de los hechos planteados por el aquí demandante, de igual forma, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; y, formuló excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (págs. 2-11 y 22-25, pdf. 05, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 21 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado [sic] por el demandante el señor CARLOS ALBERTO RUIZ VALERO, (...), al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 19 de septiembre de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante CARLOS ALBERTO RUIZ VALERO, (...) como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Prima Media el 26 de octubre de 1995, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de éstas.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.

Consideró que, luego de revisadas las pruebas allegadas al plenario como el formulario de vinculación suscrito por el demandante el 18 de septiembre de 1996 y los consolidados de aportes de los movimientos de la cuenta de ahorro individual; de ello no se puede inferir que se haya proporcionado la información completa y comprensible que le permitiera al mismo tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado; y muchos menos con la nota preimpresa contenida en dicho formulario en la que se indicó que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en forma libre y espontánea sin presiones.

Por otro lado, si bien en el interrogatorio de parte se indicó por el accionante que recibió una asesoría precontractual, es claro que de conformidad con lo preceptuado en el art. 196 del CGP la confesión es indivisible, es decir no se puede tomar como hechos aislados, sino que se acompaña con las aclaraciones, es por ello que no se puede acreditar que se haya dado una asesoría para tener plena certeza sobre su elección.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó se revoque la sentencia proferida dado que, no se puede desconocer el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que ha venido aplicado en reiterados fallos de tutela, aunado a ello agregó que dentro del presente caso se acreditó que el demandante al momento de efectuar su traslado, se le brindó la información suficiente como las características propias del RAIS, la posibilidad de pensionarse de manera anticipada antes de los 62 años de edad, la posibilidad de heredar los aportes a sus familiares; nótese que en el caso el afiliado es un profesional y contaba con las condiciones académicas e intelectuales y su capacidad mental no se

veía menguada al momento de suscribir dicho formulario, en ese orden de ideas también tenía la posibilidad de solicitar información circunstancia que omitió.

También agregó que, en cuanto a la descapitalización del régimen solidario de prima media, la Corte Constitucional en sentencia T-4892 del 2010 señaló que, las personas que no contribuyeron a la formación de la pensión de vejez no pueden en último momento solicitar este derecho, pues no pueden beneficiarse de las cotizaciones que han realizado los demás.

Por último y en lo referente a la condena en costas, Colpensiones no tuvo nada que ver en el acto de traslado del aquí demandante, solo lo permitió, dado que el accionante no se encontraba inmerso dentro de ninguna provisión legal y quería hacer uso de su derecho a la libre escogencia.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que, la Corte Suprema de Justicia estableció el deber de información de los fondos privados y su acreditación, empero indicó que también era necesario analizar además lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio y su conducta durante la permanencia en el fondo, de ello argumentó que, el demandante a pesar de no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual.

Por otro parte, en el hipotético caso de que se considere que el fondo Porvenir SA, no cumplió con el deber de información, se debe tener en cuenta lo mencionado en el literal b) art. 113 de la Ley 100 de 1993 esto es; la devolución del saldo contenido en la cuenta individual junto con los rendimientos, por ello no se le podrá ordenar al fondo la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma mencionada, pues resulta una doble sanción a su cargo; aunado a que se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, quien no administró los aportes pensionales del demandante.

La apoderada de **Colpensiones** reiteró que; **i)** la *a quo* en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, se fundamentó en la falta al deber de

información, y pasó por alto que, para esa fecha, según la normatividad aplicable es decir la Ley 100 de 1993, era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, **ii)** No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, **iii)** el accionante permaneció en el RAIS por más de 20 años, por lo que Colpensiones, resulta lesionado con la decisión adoptada, por cuanto afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el art. 48 de la Constitución Política.

El **demandante** mediante su apoderado solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y que se le reconozcan la integridad de sus derechos, agregó que actuó bajo el principio de buena fe quebrantando por los asesores de la AFP, además aseguró que la información dada por los mismo no fue realmente adecuada para percatarse de las consecuencias que trae el traslado de régimen, confió en el asesor persona que supuestamente está capacitada y tiene conocimiento.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los art. 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Carlos Alberto Ruiz Valero al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello. Y si hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrojado, no hay duda de que **(i)** el demandante nació el 26 de octubre de 1963 como se desprende de la fotocopia de cédula del demandante (pág.

11, pdf. 01, C01); **(ii)** se afilió al RPM a través del ISS desde el 1° de enero 1995 hasta el 31 de octubre de 1997 hasta el 31 de octubre de 1996 con un total de 93.29 semanas cotizadas de acuerdo a la historia laboral allegada por Colpensiones (pág. 205, pdf. 06, *ídem*); **(iii)** se trasladó al RAIS el 18 de septiembre de 1996 administrado por Porvenir SA, con la suscripción del formulario de vinculación n.º 989968 corroborado con el certificado de Asofondos, afiliación activa a partir del día 1° de noviembre de 1996 (págs. 73 y 75, pdf. 05, *ídem*); que de acuerdo a la relación histórica allegada que generó esta AFP el 12 de octubre de 2021 cuenta con un total de 1279 semanas cotizadas hasta dicha fecha (págs. 87-159, *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1° del art. 271 de la misma Ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

El segundo aspecto a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los art. 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

De tal manera que, al haberse indicado por el actor que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada esa carga al demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 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, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara

preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021,CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las

proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los art. 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto Porvenir SA afirmó al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida de manera suficiente para el caso (pdf. 05), y en sus alegatos hizo hincapié en que el demandante a pesar de no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD no lo hizo y, por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual, la Sala no encuentra acertada tal objeción, porque el demandante fue claro al manifestar que la asesora de dicho fondo quien lo abordó en el estacionamiento de su lugar de trabajo no le informó las características de dicho fondo como, la edad de pensión, la diferencia entre el RPMPD y el RAIS, el tiempo de permanencia para un posterior traslado, los rendimientos financieros y la pensión en caso de fallecimiento.

De acuerdo a ello lo que denota el interrogatorio del actor es que no se le suministró la debida y completa información por parte de la asesora de Porvenir SA, amén de que no es menos cierto que de acuerdo con la jurisprudencia descrita en párrafos precedentes, tenía como carga probatoria acreditarlo. Sin embargo, ninguna prueba contundente arrojó que dé cuenta de la información realmente suministrada al momento de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, o que haya manifestado en su interrogatorio que conocía la existencia de dos regímenes, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo

con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

La Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Así, al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, a la cual se opuso el apoderado de Porvenir SA, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Según el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará y aclarará la decisión para precisar que Porvenir SA, deberá trasladar los aportes junto con los rendimientos causados, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, lo cual deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 - por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa

de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. CONDENAS EN COSTAS A LA PARTE VENCIDA EN JUICIO

Finalmente, en relación a las costas impuestas a Colpensiones se debe tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con el demandante; así que las condenas que asume hoy Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adicionará, revocará parcialmente, y confirmará. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. DECIDE:

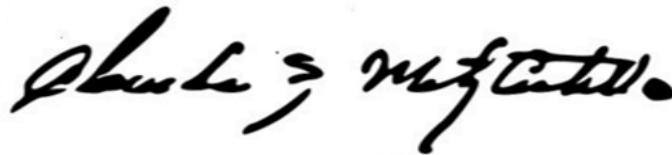
PRIMERO: Adicionar y aclarar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Carlos Alberto Ruíz Valero contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, en cuanto a que **Porvenir SA** deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, los aportes junto con los rendimientos causados, incluidos los gastos administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente el numeral quinto de la sentencia, en cuanto impuso condena en costas a Colpensiones como se dejó expresado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consultada, por los motivos antes expresados.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Dioselina Torres Castellanos
DEMANDADA:	Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Modifica
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-033-2020-00204-01 11001310503320200020401

Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de la sustitución del poder obrante el archivo 05Alegatos - 02SegundaInstanciaC002, se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora Amanda Lucía Zamudio Vela con Tarjeta Profesional 67.612 del Consejo Superior de la Judicatura.

En, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa **como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario seguido por la señora **Dioselina Torres Castellanos** en contra de **Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

La señora Dioselina Torres Castellanos demandó a Colpensiones buscando que se declare que es beneficiaria del régimen de transición contenido en el Acuerdo 049 de 1990; la inclusión en su historia laboral de las semanas en mora la empleadora, María Claudia Reyes por los ciclos del 1 de enero al 30 de abril de 1994, y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 11 de abril de 2004, intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; indexación; costas y agencias en derecho.

1.2 HECHOS

En sustento de sus pretensiones dijo que nació el 11 de abril de 1949, cumplió los 55 años el mismo día y mes del año 2004, acredita más de 500 semanas cotizadas en el interregno del 11 de abril de 1984 al 11 de abril de 2004, de las cuales 122.28 corresponden a las cotizaciones efectuadas por la empleadora María Claudia Reyes, desde el 27 de diciembre de 1991 al 30 de abril de 1994, de este tiempo el extinto ISS le informó que las del 1 de enero al 30 de abril de 1994, estaban en mora y no aparecían reportados en su historia laboral.

Así, el ISS no inició el cobro coactivo y solo le entregó tarjetas de comprobación de derechos de los aportes de enero y febrero de 1994, válidas hasta el 31 de mayo de 1994 y a la empleadora María Claudia Reyes con el número patronal 01009755025, le expidió cuenta de cobro n° 4443743 en la cual liquidó los períodos en riesgo de enero, febrero y marzo de 1994.

Precisó que solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez en cinco oportunidades, todas resueltas desfavorablemente a pesar de haber sido recurridas, como se relaciona a continuación:

N°	Fecha solicitud reconocimiento pensión de vejez	Fecha decisión por Colpensiones	Fecha decisión recurso de reposición	Fecha decisión recurso de apelación
1	6 diciembre 2013	21 febrero 2014	30 octubre 2014	11 febrero 2015
2	18 noviembre 2014	14 marzo 2015	29 enero 2016	7 abril 2016
3	17 febrero 2016	17 mayo 2016	10 agosto 2016	13 septiembre 2016
4	7 marzo 2017	24 marzo 2017	28 abril 2017	24 marzo 2017
5	29 noviembre 2017	12 diciembre 2017	12 enero 2018	6 febrero 2018

Aseguró que ante la reiterada negativa de Colpensiones a concederle la pensión de vejez, siguió laborando y cotizando en pensión hasta el 2018, hasta que Colpensiones le reconoció la indemnización sustitutiva por valor de \$8.799.574 mediante resolución n° 176691 de 2018. El 9 de marzo de 2020 solicitó a Colpensiones efectuar el cobro coactivo a la empleadora María Claudia Reyes, por los períodos de enero a abril del año 1994.

1.3 CONTESTACIÓN

Colpensiones al contestar la demanda aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y edad de la actora, su afiliación al ISS hoy Colpensiones y el período cotizado, así como las semanas reportadas, la reclamación administrativa elevada para obtener corrección de su historia laboral en 2018, aclaró que solo está llamada a recibir el cálculo actuarial del empleador moroso María Claudia Reyes y que mientras ello no suceda no es posible computar esas semanas, circunstancia que motivó la negativa de la pensión en tanto no alcanza la densidad mínima de semanas necesaria para ello.

En cuanto a la relación laboral con la señora María Claudia Reyes, afirmó que no le consta la permanencia del vínculo laboral durante el período de enero a abril de 1994 señalado en la demanda, los tiempos con otros empleadores o como independiente, la deuda registrada en la historia laboral del ISS, así como tampoco del valor liquidado en la cuenta de cobro por el ISS, y si la canceló o no, porque esas actuaciones no fueron surtidas por la administradora, y solo se atiende a lo que registre la historia laboral actualizada aportada.

Afirmó que la actora acredita en su histórico laboral 385 semanas; que son los empleadores quienes deben realizar el pago de aportes y que la negativa del derecho se debe a la ausencia de los requisitos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, y la innominada o genérica.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 10 de junio de 2022 el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y le reconoció el derecho al pago de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, en 13 mesadas equivalentes a un smlmv a partir del 7 de diciembre de 2013 por la suma de \$589.500; condenó a Colpensiones al pago del retroactivo pensional causado desde el **14 de julio de 2017** y hasta la inclusión en nómina, que liquidó hasta la fecha de la sentencia en la suma de \$51.263.711,20; más los intereses moratorios desde el 14 de julio de 2017 hasta la verificación del pago de las mesadas pensionales por valor de \$30.853.852.

Ordenó a Colpensiones la compensación de los valores concedidos a la demandante a título de indemnización sustitutiva, y realizar la corrección e integración de la historia laboral de la actora por los períodos comprendidos de enero a abril de 1994; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción con anterioridad al 14 de julio de 2017, la de inexistencia del derecho frente a la pretensión de indexación; y costas a favor de la parte demandante.

En primer lugar, consideró que cumplieron los presupuestos jurisprudenciales de la mora patronal, porque de acuerdo con el material probatorio recaudado, como la comunicación de cobro por parte del Instituto de Seguro Social y la historia laboral, se demostró que no se trata de omisión en la afiliación sino del incumplimiento de Colpensiones de iniciar acciones de cobro coactivo por la mora registrada por la empleadora María Claudia Reyes por los ciclos enero, febrero, marzo y abril de 1994, quien figura en la historia laboral con fecha de afiliación inicial al sistema el 27 de diciembre de 1991 finalizada el 30 de abril de 1994, cuando se hizo la novedad de retiro.

Que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo para la gestión de cobro porque la reclamación a la empleadora se hizo hasta el año 2008. Ordenándole a Colpensiones asumir el valor que corresponda a esas cotizaciones.

De lo que concluyó que para la actora la mora patronal constituyó un obstáculo adicional en el reconocimiento de la prestación de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, pues de acuerdo a la fecha de su nacimiento -11 de abril de 1949-, al 1 de abril de 1994 tenía más de 35 años, y aun cuando para esa calenda no contaba con los 15 años de servicios, sí tenía las 500 semanas cotizadas dentro los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y que a julio de 2010 contaba con 1.000 semanas en cualquier tiempo. Adicional a ello señaló que al incluirse las 16 semanas que se encontraban en mora en su historia laboral, desde la primera

reclamación administrativa agotada el 21 de febrero de 2014, ya había consolidado su derecho por tener reunidas 509.71 semanas. Y en contraposición a los argumentos de Colpensiones, aun cuando la afiliada no contaba con 750 semanas, ese requisito era solo exigible para las personas que deseaban continuar cotizando al sistema.

Acotó que la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez por Colpensiones le impuso a la demandante la carga de continuar cotizando en pensión lo que consideró vulnera el principio de confianza legítima para acceder a la prestación, ante la solicitud pensional elevada el 6 de diciembre de 2013, cuando ya tenía consolidado los requisitos para la pensión, siendo ésta la fecha de disfrute por ser el momento en que dio a conocer al fondo su interés de acceder a la prestación de vejez. Sin embargo, este derecho está afectado por la prescripción parcial con respecto al retroactivo pensional a que hay lugar, toda vez que éste se interrumpe por una sola vez con la primera reclamación administrativa que quedó agotada el 21 de febrero de 2014 con la negativa de Colpensiones, contabilizando el término trienal desde el 14 de julio de 2017 hacia atrás, por cuanto la demanda de marras solo fue instaurada hasta el 14 de julio de 2020.

Una vez efectuó las operaciones aritméticas determinó que la mesada pensional a reconocer a la actora corresponde al smlmv porque al aplicarle la tasa de reemplazo arrojó una cifra inferior a éste, indicando que para el año 2017 equivale a la suma de \$781.242, calculando como valor total del retroactivo a la fecha de la sentencia \$51.263.711.

Accedió al reconocimiento de los intereses moratorios porque a pesar de que la administradora de pensiones dio respuesta a la afiliada a la petición de pensión dentro del término de ley de 4 meses, no le otorgó el derecho pensional a pesar de que ya estaba consolidado en razón de ser beneficiaria del régimen de transición. Empero, se encuentran a su vez afectados por el fenómeno prescriptivo por lo que se causan a partir del 14 de julio de 2017, que hasta la fecha de la sentencia los liquidó en la suma de \$30.853.852. Ordenando a Colpensiones compensar las sumas a las que fue condenada con el valor pagado a la demandante por indemnización sustitutiva, sin que ello implique un obstáculo para el reconocimiento de la pensión.

III. RAZONES DEL RECURSO

La apoderada del **Demandante** reprochó que se hubiera aplicado el fenómeno prescriptivo al retroactivo pensional así como a los intereses moratorios reconocidos, afirmando haberlo interrumpido en varias oportunidades a través de las solicitudes de reconocimiento de pensión por ella presentadas, siendo la última radicada el -28 de noviembre de 2017- quedando agotada la reclamación administrativa con la resolución emitida por Colpensiones el -12 de enero de 2018- al desatar un recurso de reposición y en subsidio apelación impetrado contra la misma. Por ello, es a partir de dicha calenda que se debe contabilizar el término trienal, y no como lo señaló el juez desde el año 2020.

Por su parte **Colpensiones** atacó la totalidad de la sentencia, en primer lugar porque la demandante no acreditó en debida forma la presunta relación laboral que existió desde el -1 de enero hasta el 30 de abril de 1994-, período que registra mora por el empleador, que solo se tuvo por acreditado con la prueba testimonial del señor Alfonso Peña, sin demostrar el lapso de la presunta relación ni el salario percibido, sin allegar ninguno de los elementos probatorios exigidos por la jurisprudencia para declarar la mora patronal.

En segundo lugar, que no hay fundamento para ordenar el reconocimiento de la prestación de vejez desde el 6 de diciembre de 2013, en razón de que la última cotización de la actora data del mes de mayo de 2018, dejando de lado que no basta con que el afiliado eleve la solicitud de pensión, sino que debe constar la desafiliación del sistema, que tuvo lugar en mayo de 2018, sin que pueda percibir salario y pensión al mismo tiempo.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Colpensiones a través de su apoderada reiteró los argumentos expuestos primera instancia, y precisó que según la historia laboral de la actora al 25 de julio de 2005 solo tenía acreditadas 625 semanas, las cuales son insuficientes para extenderle el régimen de transición; que tampoco tenía las 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo al 31 de julio de 2010, porque para esa fecha sólo acreditaba 877 semanas. Que el hecho de haberle reconocido a la actora la indemnización sustitutiva ello es incompatible con la pensión de vejez porque las semanas con base en las cuales se le reconoció esa prestación no pueden volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto. Que no se cumplen los presupuestos para condenarlos por allanamiento a la mora patronal, porque dentro del proceso la demandante no logró acreditar la relación laboral con el empleador que registra períodos en mora; por ende, no radica en cabeza de ellos sino del empleador, efectuar el pago de los períodos en mora

previo el cálculo actuarial para la recuperación de aportes. Finalizando con el argumento que no tienen legitimación en la causa para promover trámite de cobro contra los empleadores omisos porque no es viable cobrar cotizaciones de un trabajador que no figura en el sistema por falta de afiliación o reporte de novedad.

Demandante reafirmó los fundamentos del recurso, y también manifestó que desde el año 2004, la demandante ya había cumplido con los requisitos de tiempo y edad exigidos por el Decreto 758 de 1990 para obtener la pensión de vejez, pero que Colpensiones por error administrativo y falta de actividad de cobro coactivo con relación a la empleadora María Claudia Reyes, no le reconoció su derecho desde esa fecha, lo que la ha perjudicado por cuanto ha perdido más de 16 años de haber percibido su mesada pensional, vulnerando sus derechos de orden constitucional a la demandante quien actualmente es una persona de 73 años de edad, por lo que la pensión le debe ser pagada desde el 28 de noviembre de 2014 juntos con sus respectivos intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso sometido a estudio, se acreditaron los presupuestos de ley para reconocer la pensión de vejez a la actora, debiendo establecer si el juzgador de primera instancia se equivocó o no al relevar a la demandante de las consecuencias de la mora de su empleadora María Claudia Reyes. y considerar que Colpensiones debió conceder validez a las cotizaciones efectuadas en los meses de enero a abril de 1994 semanas pagadas tardíamente o no pagadas, y en consecuencia si es beneficiaria del régimen de transición.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos (i) la fecha de nacimiento de la demandante el **11 de abril de 1949** como se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía (folio 2 archivo 04 C001), (ii) su vinculación al RPM a través del ISS desde el **29 de mayo de 1978** hasta el **31 de mayo de 2018**, las semanas reportadas y reconocidas en su historia laboral de 1.199,14; así como que son insuficientes para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición; (iii) vínculo laboral con la persona natural María Claudia Reyes desde el 27 de diciembre al 31 diciembre 1993; (iv) ciclo del 01 de enero de 1994 al 30 de abril de 1994 con anotación «*Período en mora por parte del empleador*», nombre empleador María Claudia Reyes V. (archivo pdf. Historia laboral carpeta 17ExpedienteAdministrativo).

4.4. EFECTOS DE LA MORA PATRONAL

El primer asunto, esto es, el de los efectos de la mora patronal respecto del trabajador, es oportuno destacar que desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, la Sala de Casación laboral ha indicado de manera reiterada y pacífica que el afiliado que tenga la condición de trabajador subordinado causa la cotización con la prestación efectiva del servicio, y si el empleador no cumple la obligación de pago oportuno y, la administradora de pensiones no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes en mora, es a ella a quien corresponde asumir la obligación de las pensiones que se generen para el asegurado o los beneficiarios, siendo necesario acreditar que en ese lapso existió un contrato de trabajo, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en ese período (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092- 2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018).

Por su parte el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 establece que corresponde a las entidades administradoras de los regímenes pensionales promover las acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y en armonía con lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, ello deberá realizarse de manera extrajudicial a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes «*a la fecha en la cual se entró en mora*».

Asimismo, el artículo 8. ° ibidem prevé que dichas entidades están en la obligación de verificar la correspondencia de los montos aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, en concordancia con las disposiciones

referentes al término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso ejecutivo.

Como se vio, de antaño la postura de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha expresado que la mora en el pago de los aportes no puede ser imputada al trabajador afiliado, sino al empleador y/o a la administradora del sistema, y en sentencia CSJ SL1355-2019 determinó pautas a tener en cuenta por el juez de conocimiento cuando se avizore mora patronal, así:

“Para dar respuesta al cargo, conviene recordar que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Así mismo, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 34270, 28 oct.2008, la Sala explicó que –en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral-, en la CSJ SL8082-2015, señaló que – los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio- y en la CSJ SL8082-2015, y en la sentencia CSJ SL759-2018 sostuvo que –la cotización al sistema de pensiones se origina con la actividad que como trabajador despliega el afiliado, de manera que los aportes son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras-

Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un colorario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al asalariado un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en un desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de -mora patronal- es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, si bien regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real.” (negritas y subrayas de la sala).

En ese mismo sentido, y en eso le asiste razón a Colpensiones, para convalidar aportes por inconsistencia o mora, es necesario demostrar la existencia del vínculo laboral como se dijo en la sentencia SL1506-2021:

“... En este sentido, importa recordar que esta Corporación ha adoctrinado, de manera pacífica y reiterada, que para convalidar los aportes en mora del empleador cuando la administradora de pensiones no activa los mecanismos de cobro para el recaudo de los aportes, se requiere la comprobación de la existencia de la relación laboral durante el período en que el trabajador dice haber prestado sus servicios, aspecto que pasó por alto el Tribunal con relación a los dos períodos validados con la empleadora Isabel Montaña de Santander, a pesar de que en uno de ellos en la historia laboral aparece la anotación ‘no registra la relación laboral en afiliación para este pago’ para los ciclos de 1995, y en el otro, no aparece demostrada la afiliación para el año 1994, lo que con mayor razón hace necesaria la verificación del vínculo laboral.

En el sentido indicado, en la sentencia CSJ SL 3692-2020, la Sala adoctrinó:

Sin embargo, lo dicho en precedencia debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100, así como con lo establecido por los artículos 15 y 17 de ese mismo cuerpo normativo, que respectivamente señalan:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

l. En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente

prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo;

ARTÍCULO 15. AFILIADOS. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: <Ver Jurisprudencia Vigencia> Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

Con sustento en las anteriores normas, es que la Sala ha sostenido que las cotizaciones de un asegurado al sistema se generan con ocasión de la prestación efectiva del servicio o en otras palabras la existencia de una relación laboral hace que surja para el empleador el deber de aportar al sistema pensional. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró lo dicho en la providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, ...”:

En el caso bajo estudio el juzgado atendió la regla jurisprudencial antes evocada, para establecer y tener acreditada la existencia de la relación laboral entre la demandante y la persona natural María Claudia Reyes. Ante ello la Sala considera que no incurrió en ninguna equivocación, pues los elementos de prueba permiten establecer el vínculo y los reproches de Colpensiones, no guardan correlato con la valoración de los siguientes documentos obrantes en el expediente administrativo:

- ❖ Historia laboral en formato tradicional donde consta la relación de novedades registradas, y que para el aportante María Claudia Reyes V. con número 01009755025 se anota como fecha de ingreso 1991/12/27 y fecha de retiro **1994/04/30, de tal manera que desde ese momento la administradora no tenía ninguna duda acerca de la existencia y subsistencia del vínculo laboral entre las partes:**

RELACIÓN NOVEDADES REGISTRADAS										
Número Aportante:	01004001800	P	11	ORG.LUIS CARLOS SARMIENTO A						
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc
011709298	Ingreso	1978/05/29	0	\$ 2.430	1	P.S.R				11
011709298	Retiro	1978/07/07	0	\$ 2.430	1	P.S.R				11
Número Aportante:	01008214432	P	11	EDIF CONCORDE						
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc
011709298	Ingreso	1978/07/03	63	\$ 2.430	1	P.S.R				11
011709298	Cambio de Salario	1979/01/01	28	\$ 3.300	1	P.S.R				11
011709298	Cambio de Salario	1980/01/01	35	\$ 4.410	1	P.S.R				11
011709298	Cambio de Salario	1981/01/01	35	\$ 5.790	1	P.S.R				11
011709298	Retiro	1981/08/18	0	\$ 5.790	1	P.S.R				22
Número Aportante:	01009755025	P	11	MARIA CLAUDIA REYES V.						
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	Nnc	Aud	E	Inc
941468818	Ingreso	1991/12/27	35	\$ 61.950	1	P.S.R				11
941468818	Cambio de Salario	1993/01/01	28	\$ 79.290	1	P.S.R				11
941468818	Pago Hasta	1993/12/31	31	\$ 79.290	1	P.S.R				0
941468818	Cambio de Salario	1994/01/01	31	\$ 98.700	1	P.S.R				0
941468818	Retiro	1994/04/30	0	\$ 98.700	1	P.S.R				0
PERIODOS PAGADOS POR APORTANTE										
Número Aportante	Razón Social	Desde	Hasta	Días	Licencia					
01004001800	ORG.LUIS CARLOS SARMIENTO A	1978/05/29	1978/07/07	40	0					
01008214432	EDIF CONCORDE	1978/07/03	1981/08/18	1143	0					
01009755025	MARIA CLAUDIA REYES V.	1991/12/27	1993/12/31	736	0					
TOTAL DIAS COTIZADOS				1.919	0					
TOTAL SEMANAS										

Y en la misma se anota en el ítem «ESTADO DE CUENTA DE LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LAS CUALES COTIZÓ» que la aportante María Claudia Reyes tiene deuda por cobrar por los períodos 1994/01/01 a 1994/04/30

ESTADO DE CUENTA DE LAS EMPRESAS A TRAVÉS DE LAS CUALES COTIZÓ									
APORTANTE	Tipo Deuda	Desde	Hasta	Deuda IVM	Deuda EGM	Deuda ATEP	Deuda	TOTAL	
01009755025 P 11 MARIA CLAUDIA REYES V.	Debito Cobrar	1994/01/01	1994/04/30	\$ 36.546,00	\$ 30.348,00	\$ 1.775,00	\$ 0,00	\$ 68.669,00	

IVM: Pensión – EGM: Salud – ATEP: Riesgos – FSP: Fondo Solidaridad Pensional

- ❖ Formato de aviso de entrada del trabajador inscrito por la señora María Claudia Reyes con número patronal 01009755025 desde la fecha diciembre 27 de 1991
- ❖ Comunicación n° 1312-AZ 191-24 calendada junio 14 de 2008 en donde el ISS le informa de acuerdo con la solicitud de corrección de historia laboral por ella elevada... «Con los patronales 01009755025 desde 1994/01/01 hasta 1994/04/30 figura deuda, por lo tanto, estos ciclos no suman al total de semanas cotizadas».
- ❖ Historia laboral de Colpensiones actualizada al 12 de marzo de 2020 en el detalle de pagos efectuados anteriores a 1995:

1009755025	MARIA CLAUDIA REYES V.	01/01/1994	30/04/1994	\$ 98.700	-120	Periodo en mora por parte del empleador
------------	------------------------	------------	------------	-----------	------	---

Y las obrantes a folios 46 a 49 del archivo 04Anexos, con las cuales igualmente es posible corroborar la existencia de la relación laboral:

- ❖ Tarjetas de comprobación de derechos para el número patronal 01009755025 que corresponde a la señora María Claudia Reyes, con validez de los períodos hasta:
 - Período aportes meses: SEP-OCT/93 – válido hasta: 31 enero 1994
 - Período aportes meses: NOV-DIC/93 – válido hasta: 31 marzo 1994
 - Período aportes meses: ENE-FEB/94 – válido hasta: 31 mayo 1994
- ❖ Cuenta de cobro n° S.C. 4443743 a nombre de la razón social María Claudia Reyes V. que corresponde a la cuenta del MES 03- AÑO 94 por un valor total de \$2.940.

De tales probanzas, es posible advertir la existencia del vínculo laboral entre la señora María Claudia Reyes V. y la demandante Dioselina Torres Castellanos, que no fue desconocida por la demandada desde sus inicios, sino únicamente por el período que se encuentra en mora en el pago de aportes, correspondiente a los meses de -enero a abril de 1994-, de esta forma la entidad demandada busca

liberarse de la responsabilidad de asumir la prestación pensional, poniendo en duda la validez de los aportes, y aduciendo que se trata de una desafiliación al sistema.

No obstante, los elementos de prueba antes relacionados, permiten llegar a la misma conclusión que el juez de primer grado, esto es, que existió mora en el pago de los aportes a pensión a favor de la demandante por la empleadora María Claudia Reyes V., no por falta de afiliación sino por falta de pago, circunstancia que se puede corroborar con la misma comunicación dirigida a la afiliada que emitió el entonces ISS, donde señala que para esos ciclos registra una deuda, pero en ningún aparte relacionan que se deba a desafiliación del sistema, aunado a esto, la entidad expidió cuenta de cobro a la empleadora por el mes de marzo del año 1994, y las tarjetas de comprobación de derechos enuncian períodos por los cuales se efectuaron aportes inclusive enero y febrero de 1994, las que desvirtúan una presunta falta de afiliación de la señora Dioselina Torres Castellanos.

Sumado a ello, la misma historia laboral actualizada a marzo de 2020 en el reporte de la semanas cotizadas del 01/01/1994 al 30/04/1994 indica que tiene 120 reportados (en negativo) con la observación «*Período en mora por parte del empleador*», de donde se insiste no registra desafiliación del sistema; amén de que la historial laboral en formato tradicional señal que en el año 1994 hubo un cambio de salario y señala en el ítem de novedad, el día 30 de abril de 1994 como fecha de «retiro»; lo que permite concluir que la señora María Claudia Reyes V. mantuvo la afiliación al sistema de pensiones en virtud de la relación laboral trezada entre ella y la hoy demandante, hasta el 30 de abril de 1994.

Ante ello es oportuno recordar en primer lugar, que la información contenida en los resúmenes de semanas cotizadas que expidan los fondos es vinculante para dichas entidades en atención al principio de buena fe que irradia a sus actuaciones, y quienes por la importancia de la información que manejan deben cumplir con el deber de verificación; y en segundo lugar, que goza de presunción de legalidad, como se ha reiterado jurisprudencialmente como en reciente sentencia SL1116-2022 que es del siguiente sentido:

i) Deber de verificación de la historia laboral

Reitera la Sala lo ya dicho en sentencia SL4167-2021, respecto de que las entidades administradoras deben tener sumo cuidado con los reportes de cotizaciones que emiten, pues ello se plasma en actos administrativos que por disposición normativa se presumen legales -artículo 88 de la Ley 1437 de 2011-.

Es en esa dirección ha considerado que «por regla general la información que se consigne en los pronunciamientos de resúmenes de semanas cotizadas vincula a dichas entidades en atención al principio de buena fe que debe irradiar a sus

actuaciones y el respeto de las expectativas legítimas que ello puede generar en los afiliados Radicación n.º89546 SCLAJPT-10 V.00 11 (CC T-202-2012)» (CSJ SL5172-2020).

Asimismo, que el resumen de semanas que expida Colpensiones se presume en principio cierto, veraz y vinculante para la entidad, por lo que no es posible que posteriormente y sin explicaciones razonables expida una historia laboral con información diversa, pues ello transgrede la confianza legítima que los afiliados depositan al elegirla como administradora de sus aportes pensionales (CSJ SL5170-2019).

Conforme con lo anterior, la Sala reitera que las entidades administradoras de pensiones tienen la obligación de custodiar las historias laborales de los afiliados y deben tener especial cuidado en la información que certifican al emitir estos documentos por intermedio de sus plataformas digitales o físicas. Y con mayor razón deben procurarlo al expedir los actos administrativos que, como se explicó, por regla general se presumen legales, de modo que la justificación que expongan para modificar lo certificado a través de otras actuaciones administrativas debe ser razonable y válida.” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Ahora bien, y en vista de que la recurrente ataca la aplicación de precedente jurisprudencial que tiene adoctrinado que en ante la mora en el pago de aportes, cuando se trate de un trabajador dependiente se debe acreditar el vínculo laboral por el período que esté en discusión, no es menos cierto que en el caso de marras, los elementos probatorios antecitados, no permiten inferir que se trate de una desafiliación.

Por el contrario con la cuenta de cobro girada a María Claudia Reyes V., para el ciclo de marzo de 1994, y la historia laboral en formato tradicional, registra una deuda a nombre de ésta empleadora a quien se le liquida el período a cobrar como consta en el archivo GEN-ANX-CI-2020_3249397-20200309083944 página 4, y a quien le liquidan como períodos en mora desde el 1 de enero al 30 de abril de 1994 por un valor total de \$68.669, y que el mismo documento anota como fecha de retiro el 30 de abril de 1994. Pruebas contundentes para demostrar la deuda por mora en el pago de aporte con vigencia de la afiliación de la demandante, donde además se puede inferir que sí conocía el hecho generador de la cotización; y en armonía con el precedente jurisprudencial antecitado, no puede el trabajador como la parte más débil sobrellevar las cargas de la omisión de su empleador.

De otra parte, la Sala en la revisión que hizo en el RUES pudo constatar que la referida persona natural empleadora, tiene cancelada su matrícula y registra como fallecido, por lo que no podría ser vinculado al proceso para convalidar la información que reposa en la administradora del fondo de pensiones.

Conforme a las reflexiones expuestas, la Sala colige que debe dar aplicación a la teoría del allanamiento a la mora por parte de Colpensiones, a fin de convalidar los aportes en mora del empleador María Claudia Reyes V., entre el 1 de enero al 30

de abril de 1994, acreditada la afiliación de la demandada por ese período, y que no fueron ejercidas las respectivas acciones de cobro por parte del ISS en su momento, y que hoy se encuentran bajo la administración de Colpensiones, como acertadamente lo decidió el *a quo*.

Por ello, al no prosperar el ataque a la convalidación de las semanas en mora de la demandante por las cotizaciones del 1 de enero al 30 de abril de 1994, coincide esta Sala con la decisión del juez de instancia, en que existe mérito probatorio para la imputación de pagos por mora patronal aplicada a la historia laboral de la demandante, cuando está acreditada la relación laboral, y la situación de mora en el pago de aportes, al seguir reportados en los meses antes referenciados, lo que da lugar a que se le incluyan esos 120 días en el reporte de semanas cotizadas y consolidadas por la demandante.

4.5. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE VEJEZ BAJO EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En cuanto a los reparos de Colpensiones se revisará si la demandante reúne los requisitos para obtener el derecho pensional bajo el régimen de transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en consonancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra:

La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)

Por su parte el Acuerdo 049 de 1990 modificado por el Decreto 758 de 1990, en su artículo 12 como requisitos para obtener la pensión de vejez las personas que reúnan los requisitos que enlista:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas **(500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas**, o

haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. (Negrillas fuera del texto).

A su vez, el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005 modificó y reguló los distintos escenarios donde el afiliado puede conservar el régimen de transición:

Parágrafo transitorio 4º: El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

A partir de la normativa citada, al analizar el caso en concreto, se pudo verificar, con la copia de la cédula de ciudadanía, que la demandante (archivo 17ExpedienteAdministrativo), nació el 11 de abril de 1949, es decir, que al 1 de abril de 1994 alcanzaba la edad de 44 años, y tenía un total de 287,34 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que permite concluir que conservó el régimen de transición con el requisito de edad.

Por lo que resulta plausible examinar si reunió los requisitos de pensión a la luz del Decreto 758 de 1990, encontrándose que llegó a los 55 años el **11 de abril de 2004**, y para dicha calenda (incluyendo las 17,14 reconocidas en esta sentencia) sumaba en total de **663.44** semanas cotizadas en toda su historia laboral; de las cuales **511,58** fueron cotizadas en los 20 años anteriores a la edad mínima. De esta manera se colige que desde esa data la demandante tenía satisfechos los presupuestos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Del examen anterior se advierte que no le asiste razón a Colpensiones en sus reparos al acotar que la demandante perdió el beneficio de la transición porque no reúne las 750 semanas al 29 de julio de 2005, porque como se expresó en antecedencia ya tenía consolidado su derecho pensional al 11 de abril de 2004 en virtud de estar cobijada por el régimen de transición, y que acreditó el cumplimiento del requisito de las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, y que debe tenerse en cuenta que los requisitos los acredita antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 en su artículo 1 entre otros incisos señala:

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella**, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento". (Negrillas fuera del texto).

Por lo tanto, el juzgador no se equivocó y está demostrado que le asiste el derecho a la prestación de vejez bajo el régimen de transición según el Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990 pero por las razones expuestas por esta Corporación.

En lo que concierne al monto de la pensión de vejez de la demandante, en efecto es de 1 smlmv, al constatarse en la historia laboral que el IBC de sus cotizaciones siempre ascendió a ese valor. Sin embargo, una vez hecho el estudio por la Sala para determinar que no perdió el régimen de transición, y de constatarse como fecha de causación del derecho el 11 de abril de 2004, es decir que su derecho se consolidó antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005, notamos un error del juez al reconocerle únicamente 13 mesadas pensionales, que se derivó de estimar que el derecho se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, lo cual como ya se vio no es acertado, en razón de esto, es procedente el reconocimiento de 14 mesadas, por cuanto se trata de un derecho adquirido que opera a favor de quien causó el derecho, como se reconoció por vía de constitucionalidad en la sentencia C-409-1994, y como fue adoctrinado en la SL5597 de 2021 donde la Corte precisó:

Asimismo, la Sala comparte la aseveración del recurrente en cuanto a que el acto legislativo en mención, en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema pensional, eliminó la «*mesada catorce*» para pensiones superiores a tres SMLMV. Sin embargo, difiere respecto a los efectos que este cambio constitucional produjo entre quienes ya habían causado este derecho previo a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como es el caso del cónyuge de la actora.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el difunto causó el derecho pensional de jubilación convencional el 1.º de enero de 1999, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual este quedó amparado por los beneficios contenidos en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional C-409-1994.

Adicionalmente, el plurimencionado acto legislativo fue claro en salvaguardar los derechos adquiridos en materia de pensiones, al indicar que el Estado «*respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley*», como es precisamente el caso de la mesada adicional de junio que goza de fundamento legal.

Por consiguiente, no erró el Colegiado de instancia al declarar que la demandada debía reconocerle a la actora el pago de la mesada adicional, toda vez que es un derecho que su cónyuge causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y que se le sustituye en los términos que aquel lo disfrutó.”

Bajo esa tesitura, reflexiona la Sala que aun cuando el derecho a la mesada 14 no fue discutido por la parte demandante en los argumentos del recurso, se deberá reconocer en esta instancia, en aplicación del artículo 48 de la CP consagra el derecho a la seguridad social como de rango fundamental, que aplicado en armonía con el artículo 48 del CPTSS, el cual faculta al juez para que adopte las medidas necesarias para «*garantizar el respeto de los derechos fundamentales*», y el artículo 66A *ibidem* que consagra el principio de consonancia, y que por vía constitucional en sentencia C-968 de 2003 dispuso que el estudio del recurso de apelación debe incluir los «*derechos mínimos irrenunciables del trabajador*»; normas que son de imperativo cumplimiento a fin de lograr el respeto de las garantías procesales y del acceso a la administración de justicia protegiendo a la parte más débil como lo es la demandante a quien Colpensiones le negó la prestación de vejez en más de 4 oportunidades, exigiéndole requisitos torticeros, aun cuando se itera, ya tenía consolidado su derecho pensional y en ese sentido habrá de reconocerle inclusive la mesada pensional y correspondiéndole 14 mesadas anuales, de acuerdo a las consideraciones de esta sentencia.

-DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

En cuanto a la fecha del disfrute de la pensión de vejez de la actora, y a los argumentos expuestos por Colpensiones para señalar que no le asiste el derecho al pago del retroactivo desde el 14 de julio de 2017, fecha en que el juzgado reconoció el retroactivo pensional a la demandada, por cuanto la demandante se encontraba con cotizaciones activas en el sistema, siendo la última la correspondiente al ciclo de mayo de 2018; debe advertirse que si bien el derecho de la pensión se causó desde el 11 de abril de 2004, pero la demandante solo acudió a la administradora de pensiones a reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 6 de diciembre de 2013, desatada el 21 de febrero de 2014, pero que ante su inconformidad y la interposición de recursos de reposición y apelación, fue desatado el último en fecha 11 de febrero de 2015, es con la primera resolución que se interrumpe el término prescriptivo trienal del artículo 488 del CPTSS.

En ese sentido, en este caso específico se logró acreditar que la actora continuó realizando aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, ante la negativa reincidente de Colpensiones, para reconocerle el derecho bajo el argumento falaz que las cotizaciones correspondientes a los ciclos de enero a abril del año 1994 estaban en mora pero que se trataba de una desafiliación del sistema, desconociendo el contenido de la historial laboral que en formato antiguo había configurado y en la cual estaba relacionada la deuda de la empleadora por ese

períodos, como quedó decantado en antecedencia, y ese fue el motivo aducido para negar la pensión, y lo que acredita el error en que fue inducida la actora y la obligó a seguir efectuando cotizaciones al sistema, por lo cual tiene derecho a percibir la prestación desde el momento en que la solicitó.

Viene aplicable al caso el reiterado precedente de la CSJ que al respecto ha precisado que, en los eventos en que la entidad de seguridad social niega el derecho pensional reclamado y le indica al ciudadano que no tenía la densidad de semanas exigidas para ello, a pesar de no ser así, debe entenderse que los aportes llevados a cabo con posterioridad no fueron con la intención de incrementar el monto de tal prestación, sino de reunir los requisitos legales, lo que permite el reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez a partir del momento en que presentó tal solicitud. Así lo dijo en sentencias como la CSJSL6262-2020 y STL12115-2021 lo siguiente:

(...) incurrió en vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial asentado por esta Sala y reiterado entre otras, en la sentencia CSJSL163-2018, donde en situaciones particulares, como la del *sub-lite*, explicó:

[...] sobre la primera regla general relacionada con la desafiliación de dicho sistema, esta Sala ha acudido a soluciones diferentes y ha otorgado el reconocimiento de la prestación con anterioridad al retiro formal de aquel, ante situaciones particulares y excepcionales, las cuales deben ser verificadas por los jueces en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración.

Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017). En la sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación indicó lo siguiente:

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones

abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798). (Negritas fuera del texto original).

Y en proveído reciente CSJSL6262-2020, expresó:

[...] para la Corte, le asiste razón a la censura en cuanto a que el Tribunal cometió el dislate fáctico al no dar por demostrado que las cotizaciones que efectuó con posterioridad al 9 de abril de 2008 fue porque el ISS la indujo a error.

En efecto, nótese que al resolver la petición de la accionante, la entidad de seguridad social negó el derecho pensional reclamado y le indicó que no tenía la densidad de semanas exigidas para ello, cuando se acreditó en el proceso que ello no correspondía a la realidad, de modo que debe entenderse que los aportes llevados a cabo con posterioridad no fueron con la intención de incrementar el monto de tal prestación, sino de reunir los requisitos legales, se reitera, de acuerdo a la situación que el ISS le informó inicialmente y equivocadamente, lo que permite el reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez a partir del momento en que presentó tal solicitud.

Por tanto, al presentar su requerimiento en la fecha ya indicada, debe entenderse que, pese a no haber desafiliación del sistema de pensiones, la voluntad de la actora era la de no seguir vinculada al mismo y por ello requirió la plurimencionada prestación. (Negritas fuera del texto original)."

En consecuencia, en efecto la actora actuó por el error inducido de Colpensiones por las barreras administrativas impuestas, al negarle su pensión desde el año 2013, por lo que no impide en este caso en concreto el hecho de haber efectuado cotizaciones hasta el mes de mayo del año 2018, el reconocimiento del retroactivo pensional afectado por la prescripción, y en tal sentido se confirmará la decisión del

a quo, que liquidó el retroactivo pensional a favor de la actora desde el 14 de julio de 2017.

No siendo de recibo los motivos de la demandante para sustentar el recurso de alzada en cuanto a la fecha del disfrute de la pensión de vejez, toda vez que la prescripción se interrumpe por una sola vez, y no puede pretender que la última reclamación haya mantenido suspendido el término prescriptivo, cuando desde la primera negativa de Colpensiones, pudo haber acudido a la administración de justicia, para que dirimiera el conflicto suscitado con Colpensiones, y no esperar más de 4 años para presentar la demanda.

En consecuencia, el retroactivo pensional reconocido en primera instancia, se modificará para liquidarlo con base en 14 mesadas anuales y actualizarlo hasta el mes anterior de la fecha de esta providencia -30 de agosto de 2023- que arrojó el siguiente resultado:

RETROACTIVO PENSIONAL					
2017	4,09%	6		\$ 737.717	\$ 4.426.302
2018	3,18%	14		\$ 781.242	\$ 10.937.388
2019	3,80%	14		\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	1,61%	14		\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021	5,62%	14		\$ 908.526	\$ 12.719.364
2022	13,12%	14		\$ 1.000.000	\$ 14.000.000
2023		10		\$ 1.160.000	\$ 11.600.000
TOTAL				\$ 77.565.920	

En consecuencia, Colpensiones deberá continuar pagando la mesada pensional a la actora a partir del 1 de septiembre de 2023 en la suma de \$1.160.000, más las mesadas adicionales de junio y diciembre, con los reajustes legales anuales.

4.7. PRESCRIPCIÓN.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la demanda de la referencia se impetró con el propósito de obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, de la cual se predica la imprescriptibilidad, ver al respecto sentencia SL1421 de 2019. En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado

jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Empero y en cuanto al derecho al retroactivo de las mesadas pensionales, la prescripción deberá contarse desde la fecha de presentación de la demanda el -14 de julio de 2020-, por cuanto la primera reclamación administrativa con la que se contabilizará por cuanto solo se puede interrumpir por una sola vez, quedó agotada el 11 de febrero de 2015, la prescripción contabilizada desde el 14 de julio de 2017 hacia atrás quedando afectadas por este fenómeno las mesadas anteriores a esa calenda.

4.8. INTERESES MORATORIOS

Así mismo se destaca que le asistió razón al juez de conocimiento al reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993; los cuales fueron previstos por el legislador por el no pago oportuno de las pensiones, y que en se tiene acreditado en el sumario que la demandante elevó petición para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez el **-6 de diciembre de 2013-**, quedando agotada la reclamación administrativa el 11 de febrero de 2015 el derecho le fue negado por Colpensiones, aun cumpliendo en esa fecha con los requisitos de ley para obtener el reconocimiento y pago de dicha prestación, también está afectado por la prescripción trienal desde el **-14 de julio de 2017-**, hacía atrás. En razón de ello, los intereses moratorios se reconocerán desde esta fecha, y hasta que se cumpla con el pago efectivo de la obligación por la demandada; como ha sido condensado en sentencias de la SCL como la SL3975-2022, en la que se reiteró lo expuesto en providencias SL2117-2022 y SL3130-2020.

Así las cosas, la sentencia apelada y consultada se modificará y confirmará.

Sin Costas de segunda instancia por haber prosperado parcialmente el recurso.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. DECIDE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y tres del Circuito Laboral de Bogotá DC, el 10 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Dioselina Torres Castellanos en contra de Colpensiones, para en su lugar, declarar que el derecho a la pensión de vejez se causó a partir del 11 de abril de 2004, por ser beneficiaria del régimen de transición y le es aplicable el Decreto 758 de 1990, en 14 mesadas anuales en cuantía de un smlmv, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Confirmar el numeral segundo y actualizar el retroactivo pensional reconocido a la demandante a partir del **14 de julio de 2017** y hasta la inclusión en nómina que liquidado hasta el mes anterior de esta providencia asciende a la suma de \$77.565.920; y liquidar los intereses moratorios desde el 14 de julio de 2017.

TERCERO: Confirmar la sentencia en los demás.

CUARTO: Sin costas en segunda instancia.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Demandante:	Martha Lucero Mejía Montoya
Demandada:	Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, Colfondos S.A.
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Confirma sentencia.
Radicado:	11001-31-05-012-2019-00734-01 <u>012 2019 00734 02</u>

En la ciudad de Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda De Decisión Laboral Del Tribunal Superior De Bogotá DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colfondos, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral seguido por Martha Lucero Mejía Montoya en contra de esa administradora.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora Martha Lucero Mejía Montoya promovió demanda en contra de Colfondos, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión, la cual, pide sea

debidamente indexada. Además, solicita el reconocimiento de los intereses legales hasta la fecha de pago efectivo de la obligación, además de los intereses moratorios estimados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Y se condene al pago de las costas y agencias en derecho del proceso.

2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones indicó que a la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 58 años de edad, estuvo afiliada y realizó cotizaciones a Colfondos desde el 10 de diciembre de 2001 a julio de 2013, por lo cual el 6 de marzo de 2018, solicitó la devolución de aportes, pero la entidad en su respuesta del 25 de abril de 2018 le informó que le pidió a la Secretaria de Hacienda Distrital que informara si los aportes realizados debían ser trasladados a esa entidad o podían ser devueltos a la aportante, toda vez que, producto de la relación laboral de la accionante con el EDIS entre el 9 de mayo de 1979 a diciembre de 1994, obtuvo por vía judicial una pensión sanción, según lo ordenó el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, pero para ello no se tuvieron en cuenta los aportes realizados a Colfondos.

La demanda fue admitida por auto calendarado noviembre 28 de 2019 contra Colfondos, ordenándose su notificación y traslado de la misma a la parte opositora.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA

Colfondos refutó todas las pretensiones, manifestó que la demandante tiene cuenta de ahorro individual activa con la entidad; aduce que la entidad no puede realizar la devolución hasta tanto el FONCEP informe si estos aportes hicieron parte del capital con el cual se está financiando la pensión sanción. Propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones de la demanda, compensación, buena fe e innominda o generica.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 12 de julio de 2022, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A a reconocer y pagar a la señora MARTHA LUCERO MEJÍA MONTOYA (...), la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de la ley 100 de 1993, la cual deberá comprender el bono pensional tipo A que la accionante tiene a su favor por las cotizaciones que en su momento efectuó al ISS a través de empleadores privados, la cual deberá ser indexada al momento de su pago, como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la accionada de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Se planteó como problema jurídico establecer si la demandante tiene derecho a que le sea otorgada la devolución de saldos reclamada; y si es procedente su pago de forma indexada y el reconocimiento de intereses legales y moratorios.

Delimitado el litigio, analizó el acto administrativo de reconocimiento de pensión, y estudió su compatibilidad con la devolución de saldos, lo cual hizo a partir del precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 17 de julio de 2013, Radicado 36936, la sentencia SL 712 de 2018, SL 5792 de 2014, reiterada en la SL 4538 de 2018, entre otras. Al respecto señaló:

Por parte de Colpensiones por las cotizaciones efectuadas al extinto ISS y que no fueron tenidas en cuenta por el Distrito Capital para el reconocimiento de la pensión, pues si bien la administradora de pensiones es una empresa industrial y comercial del Estado, no sobra advertir que el bono pensional tipo A, que está debe remitir a la AFP es producto de las cotizaciones del afiliado a empleadores privados, cuyos dineros no hacen parte del erario público, pese a que la entidad que los administró en su momento sea un ente estatal, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5792 de 2014, reiterada en la SL 4538 de 2018.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción, ordenó el pago de la indexación solicitada y negó los intereses legales y moratorios solicitados.

II. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión se opone a que se haga la devolución de saldos de manera indexada, asegurando que estos aportes han venido produciendo frutos y rendimientos considerables, lo que evita la depreciación del dinero, y que en caso de mantener la decisión produciría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, por lo que, solicita que se revoque lo decidido en la primera instancia.

III. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colfondos reitera lo manifestado en su recurso de apelación como razones para oponerse al fallo revisado, aseverando que en caso de mantenerse la decisión de indexación, esto provocaría una doble sanción a la demandada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colfondos, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si hay lugar o no al reconocimiento y pago de la indexación de la devolución de saldos pedida por la señora Martha Lucero Mejía Montoya.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no existe duda que la reclamante realizó cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones, estando afiliada a la AFP Colfondos, por ende, lo que se debatía en el proceso, es si esa prestación era compatible con pensión sanción reconocida por el FONCEP, a lo cual reconoce la juez de primer grado que son prestaciones de origen distinto y por lo tanto, son compatibles.

4.4. DE LAS PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 66 de la ley 100 de 1993, consagró normativamente la posibilidad de acceder a una devolución de saldos, siempre y cuando se cumplan los requisitos que dicho artículo señala:

Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Al respecto, de los efectos de la indexación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisión CSJ SL359-2021 que adoctrinó:

Debe insistirse en que la indexación no aumenta o incrementa las condenas, sino, más bien, garantiza el pago completo e íntegro de la obligación. Sin la indexación, las condenas serían deficitarias y el deudor recibiría un menor valor del que en realidad se le adeuda, premisa que tiende a agudizarse en tiempos de crisis y congestión judicial.

En suma, la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral.

4.5. DEL RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN SOBRE DE LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS

En el caso bajo estudio el actor reclamó como pretensión principal la devolución de saldos debidamente indexada, de conformidad a lo normado en el artículo 66 de la ley 100 de 1993, a lo

cual accedió la juez de primera instancia; decisión que es objeto de reparos por Colfondos, quien aduce que: «ese saldo existente en la cuenta de ahorro individual están produciendo al día de hoy unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo de dichos rubros», asegurando que ese criterio no debe aplicarse en estos casos, por tratarse de una prestación que genera frutos y rendimiento con el transcurso del tiempo.

A juicio de esta Sala, la devolución de saldos deben ser indexadas, si bien es cierto, ésta genera rendimientos, estos hacen parte de la cuenta individual del afiliado, los cuales, se generan precisamente para capitalizar lo que en futuro serían los fondos para financiar la prestación económica, y no como lo pretende hacer ver la recurrente que se trata de una retribución para evitar la depreciación del dinero.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL15343-2017, reconoce que la devolución de saldos constituye auxilio económico cuando no cuentan con la posibilidad de acceder al beneficio pensional y en ese sentido la tardanza en su pago debe ser remediada a través del mecanismo de la indexación. Así lo estimo:

En ese horizonte, no le cabe duda alguna a la Sala que la devolución de saldos constituye un auxilio económico para aquellas personas que, teniendo la edad para pensionarse no cuentan con el capital necesario para consolidar su derecho pensional y no tienen la posibilidad financiera de continuar cotizando al sistema para adquirir su estatus, tal y como aconteció en el *sub lite*, bajo los supuestos fácticos que no se discuten y dan cuenta que el accionante, voluntariamente lo solicitó a Skandia, tras declarar que se encontraba en imposibilidad de continuar cotizando, según lo manifestó ante notario bajo la gravedad del juramento.

Por otra parte, la misma Corte, en sentencia SL1142-2021, sobre la devolución de saldos, señaló:

La devolución de saldos es un beneficio contemplado en la regulación de seguridad social, de carácter subsidiario, que se concede en el régimen de ahorro individual a las personas afiliadas que, al llegar a la edad definida para pensionarse por vejez, no cumplen los requisitos legales mínimos para ello, y por el solo hecho de haber sido parte del sistema y contribuido al mismo, tienen derecho a que le reintegren los saldos acumulados para que no queden totalmente desamparados en la etapa de la vejez (CSJ SL6558- 2017).

(...)

Conforme lo anterior, es claro que los saldos a los que esta disposición alude como objeto de devolución al afiliado son: (i) el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos financieros, y (ii) el valor del bono pensional, si a este hubiere lugar (CSJ SL4313- 2019).

Del precedente citado, se extrae que la devolución de los saldos se trata de una prestación, que tiene como finalidad cubrir los efectos por no completar los requisitos para adquirir la pensión de vejez, los cuales, no solo están compuestos por los ahorros del propio trabajador, sino los rendimientos que estos generen producto de la capitalización de los primeros. No siendo estos últimos, una erogación para evitar la depreciación del dinero, sino por el contrario es el reconocimiento de los intereses que vienen generando los aportes, sin olvidar que las AFP administran estos dineros, y en su manejo pueden realizar distintas operaciones financieras, que les generan a estas unos rendimientos que aumentan el valor de la cuenta individual de sus afiliados.

Teniendo en cuenta ello, como se estableció en el precedente citado, «la indexación no aumenta o incrementa las condenas», sino que propende por garantizar que los dineros no pierden su valor, por ende, lo que se busca con ello es mantener el poder adquisitivo de la moneda, procurando una finalidad distinta al reconocimiento de frutos y rendimientos.

Por otra parte, al ser despachado desfavorablemente el recurso interpuesto, es viable la condena en costas en segunda instancia, en favor del demandante y a cargo de la demandada, fijando como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 al momento en que se liquiden las costas del proceso, de conformidad con lo normado en el numeral 1° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Duodécimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de julio de 2022, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la señora Martha Lucero Mejía Montoya contra Colfondos SA, Pensiones y Cesantías, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la demandada, y en favor del demandante. Líquidense las primeras por el Juzgado de origen. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de \$1.160.000.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Henry Padilla Alvarado.
DEMANDADO:	Baker Hughes de Colombia. ARL Colmena.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma sentencia.
Radicado	11001310500120170102903 001 2017 01029 03

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la parte actora, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario laboral de Henry Padilla Alvarado en contra de Baker Hughes de Colombia y ARL Colmena.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Henry Padilla Alvarado accionó contra Baker Hughes de Colombia y la ARL Colmena, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral del 30 de agosto de 1993 hasta el 28 de junio de 2016, además pide la nulidad del acuerdo transaccional laboral que dio por terminado el contrato a término indefinido suscrito entre las partes, y en consecuencia, reclama el reintegro inmediato a sus labores conjunto con el pago de salarios y prestaciones dejados de cancelar desde la fecha del despido hasta que se efectuó el reintegro. Y subsidiariamente, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido injusto.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 30 de agosto de 1993, desempeñando las funciones de ayudante de taller hasta el 19 de noviembre de 1998. Luego, prestaría los servicios desde el 20 de noviembre de 1998 al 28 de junio de 2016, en el cargo de ayudante de taller, mantenimiento técnico en taller y supervisor de equipo de trabajo.

Que durante la prestación del servicio presentó dolores en manguito rotador y en la pierna izquierda, inclusive fue intervenido quirúrgicamente en la rodilla de su pierna izquierda, y que posteriormente fue trasladado a la ciudad de Neiva, donde fue remitido a estudios por el departamento de medicina laboral.

Que suscribió convenio transaccional laboral con la empresa demandada el 28 de junio de 2016, manifestando que lo hizo bajo presión. A su vez, que le emitieron orden de remisión para realizarse los exámenes médicos de egreso en establecimiento ubicado en el municipio de Arauca, ciudad muy distante a su lugar de residencia.

Por último, indica que, a pesar de que la causal alegada fue una aparente reducción de personal, el cargo que el desempeñaba no fue suprimido, y era ejercido por el empleado Rony Becerra. Y que, producto de la terminación del vínculo empleaticio se ha visto afectado su atención en salud, dado que no se encuentra afiliado a seguridad social.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada Colmena Seguros SA se opuso a las pretensiones, afirmó que no le constan los hechos, y para enervar las súplicas formuló la excepción de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, ausencia de nexo o responsabilidad de esta demandada falta de legitimación en la causa por pasiva.

Mientras que, la demandada Baker Hughes de Colombia se opone a lo pretendido con la demanda, aceptan los hechos de la demanda respecto al vínculo laboral y sus extremos temporales; en cuanto al pacto transaccional laboral asegura que fue celebrada de forma libre y autónoma, el cual, hace tránsito a cosa juzgada. Para controvertir las pretensiones formuló las excepciones de transacción, inexistencia de prueba que demuestre que la finalización del contrato de trabajo fue inducida o bajo coacción, incumplimiento del demandante de la carga de la prueba de causal de nulidad o invalidez del contrato de

transacción por terminación de contrato de trabajo, improcedencia del reintegro del demandante, improcedencia de la declaratoria de estabilidad laboral reforzada, inexistencia de los requisitos establecidos en la ley 361 de 1997, enriquecimiento sin justa causa, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, improcedencia de la indexación de las obligaciones reclamadas y genérica.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de mayo de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones. Para arribar a tal conclusión, argumentó que el demandante aceptó de forma libre y voluntaria la suma de dinero, por ende, este avaló el acuerdo al que llegó con su ex empleador. Al respecto, señaló:

El demandante, cuando es interrogado por la apoderada de la demandada como de las preguntas formuladas de oficio, de las cuales confesó y aceptó que haya suscrito el acuerdo transaccional, documento este que valga la pena indicar, no fue tachado, ni desconocido, ni mucho menos reargüido de falso y es indiferente al despacho que se haya aportado copia simple por el demandante y en copia auténtica por la demandada cuando no se está discutiendo sobre la validez de lo allí consignado. Pues el demandante, también confesó que lo que fue objeto de discusión fue el monto y que después de varios ofrecimientos, él aceptó la suma de 250.000.000 de pesos, lo que demuestra que el demandante, de manera libre y voluntaria, aceptó dicha suma de dinero a la firma del acuerdo transaccional y su voluntad de adquirir por cuanto con posterioridad la suma no fue devuelta a la compañía.

Mientras que, para el caso de una presunta estabilidad laboral reforzada, el Juez a quo aseveró:

Resta entonces concluir de todo lo anteriormente analizado que respecto también a la estabilidad laboral reforzada, se tiene que conforme lo indicado por el profesional de salud, este caso se encuentra que brilla por su ausencia que el demandante haya acatado lo dispuesto en los correos electrónicos que le fueron enviados, pues en ningún momento el trabajador se ha encontrado afectado por su estabilidad, tanto que a sí mismo, como lo indicó la testigo, Carolina Abril Fernández puso de presente que el demandante se le enviaron dos correos electrónicos de los resultados de la evaluación del puesto de trabajo, sin que el demandante se presentara, como también se indicó anteriormente interés para que sus patologías fueran evaluadas por la ARL que ha sido convocada en este proceso judicial. De contera, entonces no existe calificación de pérdida de capacidad laboral alguna de donde se pueda concluir que para la fecha de la transacción el demandante estuviera amparado por una estabilidad reforzada.

Por último, en cuanto a la existencia de algún vicio que afecte el consentimiento dado por el ex trabajador, puntualizó:

Tampoco se desprende del haz probatorio que haya existido en esa transacción, objeto o causa ilícita, puesto que no aparece prueba alguna de que esa transacción estuviera afectada de vicio del consentimiento, toda vez que el mismo demandante confesó en su interrogatorio de parte que hubo una negociación respecto del monto del dinero ofrecido para dar por terminado el contrato por mutuo consentimiento, cuando en el interrogatorio de parte manifestó: “que cuando llegó a Bogotá le dieron un papel con un monto que él no lo aceptó, y que dos horas después le dieron otro monto y que él no lo aceptó, que él propuso que le dieran cierto monto para poder irse y que le dijeron que solo le darían 250.000.000 pesos y que al tener una edad adulta y por sus hijos decidió aceptar.

II. RAZONES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la parte demandante presentó oposición a la sentencia dictada, fundamentado en que: *«no hace un análisis de la situación fáctica que rodeo o la situación padecida por el señor Henry Padilla, es decir, con la realidad fáctica de la situación de salud del demandante»*, y que si existía evidencia de la situación real de salud del ex trabajador que: *«tanto el conocimiento por parte de la empresa Baker de su estado de salud, más aún cuando aquí en audiencia se evidencio la existencia de historia clínica ocupacional de fecha 19 de abril del 2013»*.

Además, este se opuso al reconocimiento de la facultad de representación legal de la firmante del arreglo de transacción por parte de la empresa, asegurando que: *«nunca existió ni facultad ni poder por parte de la doctora Jimena C. Osorio R. para dar por terminado un contrato de trabajo a término indefinido, y mucho menos firmar un pacto transaccional como aquí se le restó valor»*, advirtiendo que se dio por terminado el contrato de trabajo por alguien que no tenía la facultad de representar al empleador.

Sobre el mismo punto de debate, el recurrente destacó que el representante legal señaló: *«el único que tenía poder para cualquier tipo de representación legal es el señor Pedro Galvis, pero que él, claro, efectivamente él lo manifestó también que él puede delegar y esa delegación no existió»*.

III. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colmena Seguros SA presentó sus alegatos de conclusión, solicitándole a esta Sala se confirme la decisión de primera instancia, asegurando que entre las partes se suscribió *«transacción a la finalización de la relación laboral que los unió, la cual como lo indicó el a quo, tiene plena validez pues no se evidenciaron situaciones que pudieran viciarla y no se vulneraron derechos ciertos e indiscutibles»*.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia en favor del demandante, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

4.3. HECHOS PROBADOS

Queda excluido de la controversia que, entre el demandante, Henry Padilla Alvarado y la demandada, Baker Hughes de Colombia, suscribieron el documento transaccional laboral el día 28 de junio de 2016, con el fin de dar por terminado el vínculo laboral existente entre las partes.

4.4. DE LA NULIDAD DEL ACTO TRANSACCIONAL LABORAL

Pretende el demandante que se declare la nulidad del contrato transaccional suscrito entre este y su ex empleadora Baker Hughes de Colombia, el día 28 de junio de 2018, buscando en consecuencia de lo anterior, que se disponga el reintegro al cargo que desempeñaba en la compañía, asegurando que firmó el documento presionando ante una aparente supresión del cargo que desempeñaba, lo que según su dicho configura un vicio del consentimiento.

El Juez de primera instancia en la sentencia revisada, consideró que el acuerdo suscrito entre las partes, fue aceptado por el ex trabajador de forma libre y espontánea, argumentando que el único objeto de discusión lo fue el monto a reconocer, además que, según el sentenciador no se probó la presunta estabilidad laboral reforzada que alega la parte actora, como motivante para el retiro de la compañía.

Sobre los actos jurídicos y los posibles vicios que puedan afectar el consentimiento dado por los contratantes, los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, establecen que:

ARTÍCULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

(...)

ARTICULO 1508. <VICIOS DEL CONSENTIMIENTO>. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.

Respecto a los vicios del consentimiento existentes al momento de suscribir un contrato, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL572-2018,

“...Frente a los vicios del consentimiento, esta Corporación en su jurisprudencia ha sostenido que no se pueden presumir por el juez laboral sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que “...con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso” (sentencias SL16539-2014, SL10790-2014 y SL13202-2015).”

El precedente reiterado de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, postula por considerar que las actas de conciliación conservan validez mientras de ellas no se extraiga un vicio en el consentimiento de los suscribientes. El alto tribunal, en providencia SL557-2013, al estudiar un caso donde se finalizó una relación laboral a través de una conciliación, la Corte esgrimió:

Las actas de conciliación de marras no reflejan ningún vicio del consentimiento de los trabajadores, por cuanto todas coinciden en que las partes, de manera voluntaria, incorporaron el arreglo amistoso al cual llegaron, en virtud del cual se arribó a la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, y a cada trabajador se le reconoció una bonificación voluntaria en los valores registrados en cada una de las actas; luego no se equivocó el ad quem al afirmar que no encontraba vicios del consentimiento en la voluntad de los demandantes en la celebración de las conciliaciones puestas en entredicho.

Cabe señalar que lo que muestran las citadas actas es la conformidad de cada trabajador con el arreglo conciliatorio en torno a la ruptura del nexo contractual, sin que se evidencien visos de presiones o coacciones donde incluso, en algunas, el trabajador expresamente declara a paz y salvo a la Empresa BAVARIA S.A., por todo concepto; acuerdo amigable que los contendientes del proceso pusieron a consideración del funcionario que actuaba como conciliador, quien lo aprobó por encontrarlo ajustado a derecho, con lo cual le brindó garantías legales con efectos de cosa juzgada.

Si el trabajador decidió finalmente acogerse al plan de retiro voluntario, porque, a su juicio, esta decisión le traía mejores beneficios económicos, bien lo podía hacer, sin que se pueda inferir, necesariamente, de este hecho que actuó coaccionado.

El accionante aduce que se desconoció su condición especial de salud en virtud de la cual estaba cobijado por una estabilidad laboral reforzada, lo cierto es que se debe precisar que la encionada protección está asociada a que la terminación del contrato o el despido, suceda por motivos diferenciados e injustificados, en otras palabras, que corresponda a un trato discriminatorio. En ese sentido, se pronunció la Corte al estudiar la aplicabilidad de la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997 en caso de que la terminación se realice por una manifestación libre de voluntades, en su decisión SL3144-2021 puntualizó:

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo prevé varias formas de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la garantía del artículo 26 de la Ley 361 en comento solo opera para los casos de despido por razones de discapacidad, es decir, que se trate de la finalización del vínculo laboral por razones discriminatorias. Precisamente, en la sentencia CSJ SL1360-2018 la Corporación indicó:

En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo. Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona

limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Ahora, situación diferente es que se hubiere acreditado en el sub lite que el acuerdo para la terminación del contrato de trabajo no fuere válido y en ese caso la terminación se tornaría sin justa causa, por lo que sería pertinente lo adocinado por la Sala en la sentencia CSJ SL1360-2018 citada. En dicha providencia, se estableció que *«el trabajador puede demandar ante la justicia laboral su despido, caso en el cual el empleador, en virtud de la presunción que pesa sobre él, tendrá que desvirtuar que la rescisión del contrato obedeció a un motivo protervo. Esto, de paso, frustra los intentos reprobables de fabricar ficción o artificioamente justas causas para prescindir de los servicios de un trabajador con una deficiencia física, mental o sensorial, ya que en el juicio no bastará con alegar la existencia de una justa causa, sino que deberá probarse suficientemente».*

Ahora, la regla general del estatuto general del proceso, apunta a que «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen», en este caso la parte activa le correspondería probar la existencia de vicios que afectaron el consentimiento que dio al momento de avalar el pacto transaccional propuesto por Baker Hughes de Colombia.

Descendiendo al caso bajo estudio, tenemos que el actor asegurando en su libelo demandatorio, que sí bien este firmó el instrumento transaccional propuesto por su empleadora, en el hecho undécimo de su demanda expresó que tomó esa determinación movido *«por las necesidades que iba a enfrentar, y quedar sin trabajo, sin pensión, sin como alimentar a su dos (2) hijos menores de edad y su familia, sin posibilidad de volver a ser contratado, por su edad- más de 55 años, procedió a firmar el mencionado acuerdo»*, argumento que no traduce nada distinto a que se trató de una decisión voluntaria, razonada, en la que el trabajador tuvo la oportunidad de sopesar las condiciones reales y se inclinó por el finiquito por mutuo acuerdo.

La sola circunstancia de que la empresa Baker Hughes le propusiera al empleado Henry Padilla Alvarado, la suscripción de un acto jurídico transaccional laboral, para dar por finalizado el vínculo empleatício a cambio una suma resarcitoria de \$258.849.795 pesos, no se compadece con ningún tipo de coacción, y la cantidad fue efectivamente recibida y aceptada por el ex trabajador, sin que se infiera inicialmente que existió un motivo distinto, a la voluntad libre y espontánea de las partes de dar por terminado el contrato que los ataba.

Nada distinto se infiere del contenido del documento en que se expuso el convenio, la cláusula 10 del contrato transaccional, en la página 4 expresamente el ex empleado expresó su deseo o intención de terminar por mutuo acuerdo el vínculo laboral, sin que en ningún aparte se observe manifestación o reproche relacionada con la existencia de un estado de debilidad manifiesta, en la aludida cláusula se lee:

“EL TRABAJADOR ratifica y expresamente manifiesta que siendo sujeto en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud y sabiendo que goza de estabilidad laboral reforzada, de manera consciente, voluntaria y libre de vicios ha decidido terminar de mutuo acuerdo el contrato de trabajo, razones por las cuales EL TRABAJADOR declara a PAZ Y SALVO al EMPLEADOR, así como a su casa matriz, todos sus socios, administradores, representantes y empleados, posibles empresas vinculadas, controladas o controlantes, no solo por los derechos aquí mencionados sino por cualquier otro derecho de carácter laboral que tenga o pueda haber nacido directa o indirectamente de la relación entre las partes...”

Con relación a la presunta falencia de salud, en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la compañía demandada, Ricardo Andrés Hans Salerni, no lo aceptó, ni confesó ese hecho de ninguna manera, por el contrario, mencionó que:

“en el año 2016, yo no estaba como representante legal en la compañía, pero si conozco, porque obviamente manejo la empresa, que el representante legal era el señor Pedro Galvis, que era de nuestro equipo de tesorería y en esa fecha había una baja en la producción petrolera mundial que implicaba que la compañía presentará un plan de retiro a ciertos empleados, porque había reducido la actividad y se autorizó por medio de poder a la doctora Ximena Osorio para poder tramitar ante la Notaria Publica 16 de Bogotá y ante cualquier otra notaria en Colombia, cualquier documento transaccional de mutuo acuerdo, para este tipo de ejecución de plan de retiro de empleados. No solamente fue con el señor Henry Padilla, sino con aproximadamente 30 a 40 empleados adicionales”.

Según lo expresado por el deponente Hans Salerni se firmó el convenio con el señor Padilla Alvarado, y que a la fecha de la firma este *«no se encontraba restringido, ni incapacitado de ninguna manera, por lo cual, nosotros entendemos que en ese momento no se requería ningún permiso previo a la firma del acuerdo»*.

Mientras que, el demandante al momento de rendir su interrogatorio, y en particular frente a las circunstancias que rodearon la suscripción del acuerdo transaccional este aseguró que para el 28 de junio de 2016 no se encontraba incapacitado, ni con restricciones para la prestación de sus servicios, ni calificado con pérdida de capacidad laboral y aceptó que se encontraba laborando normalmente para la compañía demandada. Narró que, a su llegada a Bogotá, tuvo diálogos con la abogada de la empresa y un funcionario de talento humano, y que el día anterior fue informado por su jefe directo que él no debía viajar a la sede de Arauca, sino que debía presentarse en las instalaciones de la compañía en esa ciudad. Aclaró que el día 28 de junio, le informaron que ese día debía estar liquidado, y en que en el transcurso del día no le mostraron documentos, que ellos le dieron varios montos y que ya a lo último, sobre las cinco de la tarde llegaron a un arreglo.

En cuestionamiento del juez, sobre las presuntas presiones al ex trabajador para firmar el documento, este específicamente manifestó:

Sí doctor y me sentí cuestionado porque primera medida pues me avisaron, fue momentáneamente. Ese día no fue a mí me dijeron, allí mismo se presenta en Bogotá cuando yo llegué a Bogotá me dieron me botaron un papel así con un montón, a usted le vamos a dar esto. Entonces yo le dije, yo no lo acepto. Y no lo acepté. Entonces fue cuando ellos dijeron, no, pero porque mire que entonces ahí este

otro monto. Entonces yo le dije, no, no, yo no acepto ese monto. Entonces fue cuando ellos dijeron, entonces déjenos para que no se fueron por allá como a las 2 horas volvieron su señoría, y me dieron otro monto que el juez que yo le dije, no acepto ese monto porque es tanto años en mi trabajo, en mis hijos, yo tengo hijos menores de edad y yo no puedo aceptar ese monto, o sea para mí. Entonces me dijeron, ah, pero qué tal entonces usted tiene que estar liquidado hoy mismo, le dije, pero yo no acepto eso. Pero cuando se fueron por allá y volvieron como a las 2 horas, porque a mí me tuvieron de casi de las 7 am hasta las cinco de la tarde allá. Doctor, y entonces, cuando ya lo último fue cuando me dijeron, bueno, entonces qué es lo que usted quiere, le dije, no, pues a mí denme tanto para yo irme y yo no los molesto más, para yo poder sobrevivir con mis hijos, porque mis hijos eran menores de edad estudiando, entonces me dijeron no a usted se le va a dar 250 y ya no más, entonces que más doctor, yo mi abogado me dijo, pues agárrelo, que voy a salir yo también sin un peso con mis hijos pequeños y ya tengo una edad adulta, entonces yo lo acepté porque no había, no había de otra, eso fue presión.

En la misma diligencia el demandante, relató lo siguiente: *«el señor, el de Recursos Humanos, me dijo, usted tiene que irse, sea como sea, liquidado hoy mismo, es más, mi backup es el que me he relevaba porque nosotros trabajamos 15 y 15, también lo llamaron a arreglo y resulta que él pidió una audiencia con el gerente de la compañía en esa época y a él no lo liquidaron»*. Todas estas afirmaciones dan cuenta de un amplio espectro en el que el actor contó con la posibilidad de discrepar de la oferta realizada por el empleador hasta lograr la suma que estimó ajustada a su caso particular.

Luego, es importante resaltar lo indicado por la testigo Jimena Osorio, quien es la funcionaria que firmó el contrato a nombre de la empresa, quien manifestó al despacho que ella fue la apoderada de Baker Hughes de Colombia y que se le otorgó poder a través de su apoderado general de la época. Acerca de cómo iniciaba el proceso, la señora Osorio, aseveró:

Pues mire, doctor, le explico básicamente cómo es la dinámica del acompañamiento, de la asesoría legal en ese momento quien me otorgó poder fue Leopoldo Ruiz, él era apoderado general para la época, con funciones de representación legal. Entonces, qué es lo que sucede cuando Baker nos informa que necesitamos que necesita un acompañamiento legal para los planes de retiro de mutuo acuerdo, lo que hace es informarnos y obviamente el apoderado de la época otorga poder general para llevar a cabo las terminaciones.

De su dicho, se extrae que la testimoniante asegura que para el caso del señor Padilla Alvarado no existieron presiones por parte de la empresa, así lo indicó:

No hay presión por varias cosas, porque se explica, y lo digo en términos generales, con las terminaciones de mutuo acuerdo a través del plan de retiro, se explica la situación de la empresa, se explica que es una terminación de mutuo acuerdo. Y, pues también se explica que es una decisión voluntaria que el trabajador debe tomar, no existe presión porque pues ese es el manejo que siempre se da en estos planes de retiro.

(...)

es un tema, como le digo, en cualquier plan de retiro hay un tema de negociación, no recuerdo la particularidad, pero pues hay una negociación. Y si en efecto eventualmente hubiera pasado, pues claramente se llegó a un acuerdo sobre la cifra y el monto.

(...)

Pues doctor, digamos que revisando los antecedentes, entiendo que fue una suma que en neto podría

llegar a la al monto de 250 millones aproximadamente, pero igual en el evento en que se hubiera citado al trabajador, pues es normal en una negociación de planes de retiro por mutuo acuerdo, pues que esto toma tiempo, tan es así que eso prueba que en cada negociación pues hubo tiempo para explicar de manera clara, a discutir ciertas situaciones y obviamente dándose que la prioridad al trabajador que recibe la propuesta de decidir voluntariamente, en este caso de la terminación contractual, o sea, que el tiempo ahí, pues que claramente es una señal de los tiempos demandantes que pueda tomar una negociación.

Por último, la declarante hizo mención al paso a seguir en caso de que algún empleado no aceptase el arreglo propuesto:

Pues en ese caso, y pues para los temas, era un plan de retiro voluntario, y si no firmaba el acuerdo nacional, era la decisión de la empresa que se siguiera la relación contractual.

De las declaraciones antes citadas, tenemos que como lo aceptaron tanto por el demandante y el representante legal de la demandada, al momento de suscribir el contrato, el señor Padilla Alvarado no se encontraba incapacitado, no tenía restricciones y no se encontraba en curso de proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Otro aspecto para destacar, es que como se dijo en la demanda, el actor se vio obligado a firmar un pacto a sabiendas de que su cargo presuntamente sería suprimido, sin embargo, en las declaraciones referenciadas no se dijo nada, ninguno de los tres declarantes hizo mención a ese hecho. Además, se expuso que el firmante estuvo en negociaciones con la empresa, desde las ocho de la mañana a las cinco de la tarde, que le propusieron diferentes montos, que el rechazó varios de estos, que el mismo propuso un monto y la empresa lo rechazó, y que finalmente, luego de hablar con su abogado aceptó la oferta equivalente a 250 millones, suma que aceptó le fue pagada.

Por otra parte, de la afirmación del señor Padilla Alvarado se evidencia que a pesar de las diferentes propuestas económicas, podría darse el evento que el trabajador no aceptará suscribir el documento y formulará diferentes opciones de arreglo, inclusive este narró que compañero de trabajo, con quien realizaba los relevos cada 15 días no firmó, que dialogó con los representantes de la empresa y continuo laborando al servicio de la misma, lo que da cuenta que no se evidencian presiones y que no es condicionante que los empleados se vieran constreñidos a aceptar el pacto propuesto.

Conforme lo señalado anteriormente, al aplicarse las reglas de la sana crítica, según lo dispuesto en el artículo 61 del CPT SS, se llega a las siguientes conclusiones: 1. No se probó por la parte demandante los motivos que le llevaron a firmar el acuerdo en mención,

específicamente lo atinente a una presunta supresión del cargo que venía desempeñando; 2. No se encuentra probado la presunta estabilidad laboral reforzada en favor del ex trabajador y mucho menos la existencia de un despido discriminado; 3. Que el pacto tuvo plena validez, atendiendo que fue suscrito por delegados de la compañía y el hoy demandante, y que lo pactado en cuanto al resarcimiento en dinero se cumplió.

Ahora, como pretendió la reclamante sobre las facultades de representación legal que tenía la señora Jimena Osorio para obligar a la empresa, debe decir esta Sala que el citado fue protocolizado por la notaria 16 del círculo de Bogotá DC, y a pesar de que este hecho no se expuso en los hechos de la demanda, lo cierto es que el pacto evidentemente se perfeccionó, y las partes cumplieron con sus obligaciones principales. Adicional a ello, el documento fue suscrito por el señor Cesar Lozano, quien para esa fecha se desempeñaba como empleado de la compañía, conforme lo indicado por la testigo, lo que permite llegar a la conclusión que este lo fue válidamente pactado entre los firmantes.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación se confirmará.

Costas procesales de segunda instancia a cargo del demandante, y en favor de las demandadas. Líquidense las primeras por el Juzgado de origen. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de \$1.160.000.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

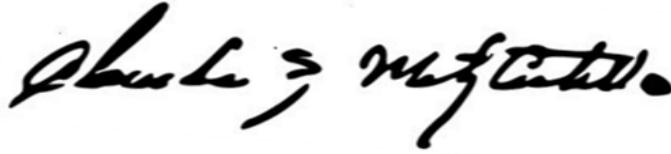
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Henry Padilla Alvarado en contra de Baker Hughes de Colombia y ARL Colmena, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: **Costas procesales de segunda instancia** a cargo del demandante, y en favor de las demandadas. Líquidense las primeras por el Juzgado de origen. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de \$1.160.000.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace para la consulta de expediente: [001 2017 01029 03](#)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

Demandante:	Esther Baudelina Gómez de Tamayo
Demandada:	Compensar EPS
Proceso:	Sumario
Decisión:	Confirma decisión
Radicado:	11-001-22-05-000-2023-00814-01 11001220500020230081401

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá DC**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Marceliano Chávez Ávila** y la ponente **Claudia Angélica Martínez Castillo**, se reunió para resolver el recurso de apelación presentado por la Caja de Compensación Familiar Compensar, contra la decisión proferida por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud el 25 de agosto de 2022, al interior del proceso que le sigue la señora Esther Baudelina Gómez de Tamayo.

De conformidad con lo prescrito en el párrafo 1° del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, la Sala acoge el proyecto de la ponente que se traduce en la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

La señora Esther Baudelina Gómez de Tamayo accionó contra Compensar EPS, buscando el reconocimiento y/o reembolso de la suma de \$250.000, por concepto de gastos en compra de medicamento Enoxaparina Sódica y que asumió de manera particular ante la negativa de la accionada para autorizar y prestarle el servicio.

En sustento manifestó que fue operada el 22 de agosto de 2022, por un reemplazo protésico total simple de cadera; que el ortopedista tratante le recetó 10 inyecciones de 40ml de Enoxaparina Sódica, el cual, debía ser entregado por Audifarma según la EPS accionada; que el medicamento Enoxaparina Sódica, era vital para su salud y que no fue entregado por no estar disponible en Audifarma; que ante la negativa se vio obligada a la compra del medicamento, dado que era vital para culminar con éxito el proceso postoperatorio.

Por auto del 23 de diciembre de 2021, la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, admitió la demanda, surtió el traslado y requirió

a Compensar EPS, para que aportará lo siguiente: «*Si la señora Ester Baudelina Gómez de Tamayo, identificada con cedula de ciudadanía No.41.440.366, solicitó o requirió el medicamento, enoxaparina sódica. Si autorizó y garantizó la entrega del medicamento enoxaparina sódica, aclarando la fecha, hora y entidad encargada de suministrarlo*» (carpeta 02 C01).

La accionada al responder la demanda, aseguró que la entidad suministró a la actora todos los servicios que ha requerido; y, que, sobre el particular, se requiere cumplir con los siguientes presupuestos: «*1. Atención de urgencia en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS; 2. Cuando hayan sido autorizados expresamente por la EPS para una atención específica; 3. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*».

Además, aseveró que en el caso de los numerales 1 y 2 no procede, pues no se sufragaron gastos por urgencias médicas y no se encuentra autorización del médico tratante, dado que a la usuaria se le sugirió que solicitase una nueva atención médica, con el fin de que le formularan otro fármaco y esta omitió la sugerencia de la EPS.

Finalmente, informó que la entidad sí prestó los servicios en debida forma y que la no entrega del medicamento no se dio por negligencia de la EPS, ni del proveedor.

Agotado el trámite procesal, profirió sentencia condenatoria el 25 de agosto de 2022, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda; con fundamento en las pruebas al tener demostrados los gastos que asumió la actora de manera particular para la compra del medicamento *enoxaparina sódica* por valor de \$250.000. En razón de ello consideró que la EPS demandada, incumplió su deber de garantizar la entrega del insumo a la usuaria y que no basta que la Entidad autorice el servicio, sino que esta prestadora debe garantizar que sean entregados de manera oportuna, ya que, la sola autorización no garantiza la continuidad, ni integralidad en la atención médica. (carpeta 6 sentencia).

Inconforme con lo decidido, la querellada presentó recurso de apelación, una vez concedido ante esta corporación procede a resolverlo (Carpeta 11 C01).

II. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La recurrente refutó la decisión en la siguiente forma:

Reitera lo indicado en su contestación, cuando asevera que la usuaria de forma voluntaria procedió a la compra del fármaco ordenando, sin antes obedecer a las opciones propuestas por la EPS ante el desabastecimiento del medicamento, y que su actuar obedeció a una actuación autónoma de la paciente, sin que pueda estimarse que se trata de una supuesta negligencia de

la entidad prestadora.

Advierte que no es posible endilgarle negligencia en la prestación del servicio, dado que no resulta claro y determinable un daño irreparable a la vida de la usuaria, reiterando que nunca se le negó atención médica alguna.

III. CONSIDERACIONES.

3.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Siguiendo los argumentos expuestos en el recurso, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente al punto de censura enrostrado por la apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la Ley 712 de 2001, la Sala se ocupará de establecer si la primera instancia acertó o no al emitir condena en contra la EPS demandada, ordenándole el reembolso de los conceptos reclamados por la parte actora.

3.2. PRESUPUESTOS PARA LA VIABILIDAD DEL RECURSO.

Tenemos que hay legitimación en la parte que recurre porque con la decisión atacada hay mengua en sus intereses, el recurso es tempestivo, está cumplida la carga procesal de la sustentación y la providencia es susceptible de apelación.

3.3. PREMISAS NORMATIVAS.

El carácter polivalente del derecho a la salud concedido por nuestra Carta Política Constitución Política, al consagrarlo en los artículos 48 y 49 como un servicio público a cargo del Estado, y como una garantía de los ciudadanos para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, como se condensó en la sentencia C-791-11, que se pronunció sobre la demanda de constitucionalidad incoada contra la Ley 1438 de 2011 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con la intención de generar condiciones más proteccionistas de este derecho, y que se centró brindar un mayor bienestar del usuario, y que la prestación del servicio se diera bajo los principios de oportunidad, calidad y eficiencia.

Derecho que fue posteriormente regulado por la ley estatutaria 1751 de 2015, que en su artículo 6 señaló los elementos y principios que lo rigen.

En lo referente al reconocimiento de reembolsos a cargo de las EPS la resolución 5261 de 1994, en su artículo 14 estableció los parámetros para tramitar dicha solicitud, ante la institución a la que esté afiliado la usuaria, quien deberá reconocer los gastos que haya sufragado de su propio pecunio, entre otras, en los siguientes casos: «...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.», determinando el plazo en que debe elevarse la solicitud - 15 días siguientes a la alta del paciente-, el término en que debe ser pagada por la EPS -30 días siguientes a su presentación-, y como anexos que se deben allegar con la misma los siguientes *«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»*.

3.4. DEL CASO CONCRETO.

Definidas las premisas normativas a aplicar, entra la Sala a dilucidar los aspectos relevantes, conforme al recurso presentado.

La censura sostuvo que no le compete el reconocimiento de la prestación o pagos solicitados, atendiendo a que la señora Ester Baudelina Gómez de Tamayo hizo caso omiso a lo propuesto por la EPS, y adquirió por sus propios medios el medicamento recetado. Aduce el impugnante que no evidencia ninguna causal que pruebe una supuesta negligencia médica, y que la accionada si atendió a la usuaria con los medios que tenía disponibles a la fecha.

Según esta Corporación, la primera instancia acertó al determinar que Compensar EPS debe responder por los gastos de la demandante de su propio pecunio, para adquirir el medicamento enoxaparina sódica, que le ordenó el doctor Javier Pérez Torres con posterioridad a la cirugía de reemplazo protésico total simple de cadera, practicada según lo indicado en su solicitud el 22 de agosto de 2021.

En primer lugar, por cuanto está acreditado en el sumario con las documentales allegadas que a la señora Gómez de Tamayo le fueron recetados los medicamentos Enoxaparina 40MG, Naproxeno 250MG, Tramadol 100 MG (carpeta 3 Anexos Pruebas C01Principal), y que todo ello fue remitido al correo electrónico de la entidad Audifarma servicliente@audifarma.com.co, y para ello allega las impresiones del correo enviado y que se adjunta a este proveído en la siguiente captura de pantalla:



La entidad respondió el 31 de agosto del mismo año, informándole que *«el medicamento requerido por la usuaria ENOXAPARINA SOLUCIÓN INYECTABLE 40MG/0.4ML, presenta actualmente restricción por dificultades logísticas por parte de los diferentes laboratorios proveedores, lo cual ha impedido la entrega a los usuarios que han requerido tal medicamento»*.

Elementos probatorios que, contrario de lo afirmado por la EPS demandada, demuestran la negligencia en la entrega de los medicamentos requeridos por la demandante, porque si bien allegaron la autorización de los medicamentos, las circunstancias puestas en conocimiento por la proveedora Audifarma, no son justificantes para que no se hubieren realizados las gestiones tendientes para la obtención y entrega del fármaco al paciente.

En adición, en el expediente reposa dos facturas de compra por valores de \$109.500 y una por \$141.000 pesos, mediante la cual, se adquiere el medicamento CLENOX 40MG (carpeta 03 Anexos Pruebas C01Principal).

A juicio de esta Sala no solo está acreditada la orden del servicio de salud –orden de medicamentos- que tuvo que asumir la actora, sino la negligencia de Compensar EPS, de brindar una atención bajo los principios de continuidad, oportunidad y eficiencia, que rigen la prestación del servicio, y los cuales van encaminados a salvaguardar derechos fundamentales no solo a la salud sino a la vida en condiciones dignas. Sin poder endilgársele responsabilidad a la usuaria, cuando está ante la inoperancia de la entidad obligada, se vio constreñida a adquirir por sus propios medios el medicamento, para no afectar su salud.

Conforme con las razones hasta aquí expuestas, esta Sala confirmará la decisión de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales.

En cuanto a la imposición de condena en costas, se hará conforme lo dispone el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por integración analógica, a la parte que resultó vencida al resolverse desfavorablemente el recurso de apelación y en favor del demandante.

Para la fijación de las agencias en derecho se atenderán las reglas del artículo 366-4 ya invocado y en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, señalando la suma de \$1.160.000 en favor de la accionante y a cargo de la vencida, los cuales seliquidarán en la oportunidad correspondiente.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

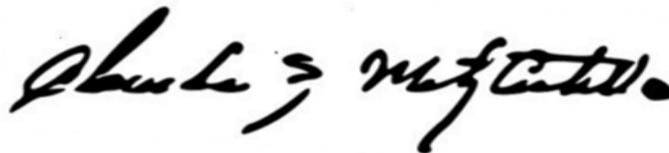
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud del 25 de agosto de 2022, dentro del proceso promovido por Ester Baudelina Gómez de Tamayo contra Compensar EPS, según las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a Compensar EPS y fijar como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, los cuales se liquidarán en la oportunidad correspondiente.

TERCERO: Comunicar a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

CUARTO: Devolver el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, y ejecutoriada esta providencia.

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Colmena Seguros SA
DEMANDADA:	Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Junta Regional de Calificación de Invalidez, e Iván Orlando Cuellar Varela
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK	11001-31-05-035-2018-00199-01 11001310503520180019901

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación que se surte en favor de la demandante, contra la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario laboral promovido por **Colmena Seguros SA** contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Junta Regional de Calificación de Invalidez, e Iván Orlando Cuellar Varela.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

Colmena Seguros SA pretende la declaratoria de nulidad del dictamen n° 92539211-6518 del 11 de marzo de 2016, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el cual se le determinó al señor Iván Orlando Cuellar Varela una pérdida de la capacidad laboral del 50.46 % por enfermedad laboral por las patologías denominadas «*síndrome del túnel carpiano y amputación traumática a nivel el codo y la muñeca izquierda*»; que emita un nuevo dictamen que excluya la patología «*amputación traumática a nivel entre*

el codo y la muñeca izquierda», en razón de que por esa patología ya le fue reconocida y pagada una pensión de invalidez por parte de las Fuerzas Militares de Colombia – Ministerio de Defensa Nacional; y en consecuencia de ello se declare que no está obligada a reconocer prestaciones asistenciales y económicas a favor del señor Iván Orlando Cuellar Varela, respecto de esa diagnóstico.

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones relató que Iván Orlando Cuellar Varela perteneció a las fuerzas militares en el cargo de soldado profesional desde el 1 de febrero de 2000 hasta el 1 de septiembre de 2005, y que debido a un accidente por herida de arma de fuego en miembro superior izquierdo, le generó la amputación transradial el 16 de agosto de 2003 por la cual el Ejército Nacional le reconoció una pensión de vejez; y que se encuentra en estado activo en el subsistema de salud de las Fuerzas Militares.

Dijo que la patología por la cual pensionaron al señor Cuellar Varela fue de origen profesional porque ocurrió estando en servicio activo, bajo la cobertura del régimen de excepción sanidad militar, y calificado con el Decreto 094 de 1989.

Narró que el 15 de junio de 2015 Colmena Seguros SA emitió dictamen de PCL en favor del señor Cuellar Varela, a través del cual le reconoció una pérdida de capacidad laboral equivalente al 18.59 %, derivada de enfermedad de origen profesional «*síndrome de túnel del carp derecho y síndrome del túnel cubital (codo) derecho*» con fecha de estructuración 10 de noviembre de 2014; decisión que fue recurrida y por ello remitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá para su resolución.

Precisó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá profirió dictamen n° 92539211 el 15 de octubre de 2015, donde le determinó una PCL del 50,46 % de origen profesional por los diagnósticos: a) síndrome del túnel carpiano, y, b) amputación traumática a nivel de codo y la muñeca, a pesar de que por este último el subsistema de salud de las Fuerzas Militares ya le había otorgado una pensión de invalidez.

Indicó que interpuso recurso de apelación con fundamento en que no le aplica una doble calificación por una deficiencia que fue calificada y protegida con anterioridad, decidido el 11 de marzo de 2016 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen n° 92539211-6518, donde calificó una PCL de 50,46 % con fecha de

estructuración del 10 de noviembre de 2014, derivada del «*síndrome del túnel carpiano derecho y amputación traumática a nivel entre el codo y la muñeca izquierda*».

Aseveró que el anterior dictamen no estableció qué porcentaje corresponde a la amputación miembro superior izquierdo a nivel de muñeca, cuál es el porcentaje por dolor neuropático del miembro superior derecho, cuál es la secuela de tratamiento cubital síndrome del túnel del carpo ni las razones por las cuales define el origen por enfermedad laboral; si el peso porcentual de la deficiencia de la amputación sufrida como soldado profesional, es mayor que el de la patología de síndrome del túnel carpiano de origen laboral por la cual había sido previamente calificado y estaba pensionado por invalidez.

Y finalizó manifestando que no está obligada a amparar nuevamente un porcentaje de PCL que corresponde a la amputación de miembro superior izquierdo a nivel de muñeca.

1.3. CONTESTACIÓN

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la labor desempeñada y el tiempo laborado por el señor Iván Orlando Cuellar Varela para Siemens SA, el dictamen emitido por Colmena Seguros SA, la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante el dictamen nº 92539211 del 15 de octubre de 2015, el recurso impetrado solicitando otro régimen para las secuelas de la patología -amputación de miembro superior-, el dictamen por ellos emitido que confirmó la decisión de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá. Que no le consta los hechos que relatan en cabeza de terceros. Contradijo los argumentos de la accionante en cuanto a una doble calificación, y aseveró que en la calificación tuvo en cuenta el porcentaje de PCL que corresponde a cada diagnóstico o las razones del origen; y que Colmena está obligada a amparar nuevamente el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Propuso las excepciones previas de falta de integración de litis consorcio necesario respecto a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y las de mérito de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, inexistencia de obligación: improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación – Competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica.

El 4 de junio de 2019 en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, el juzgado integró el litis consorcio necesario con la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien dio contestación a los hechos de la demanda así:

Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca aceptó como ciertos los hechos relativos a la calificación de la PCL que hicieron al paciente Iván Orlando Cuellar Varela, y que fue objeto de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; de los demás hechos dijo no constarle porque no tienen injerencia en ellos y deben ser probados. Formuló como excepciones de mérito las de buena fe de la parte demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva (demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca) y la genérica.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 30 de marzo de 2022 absolvió a los demandados de las pretensiones de la demanda, bajo la consideración que no había lugar a la declarar la nulidad del dictamen 95539211-6518 del 11 de marzo 2016 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que le determinó al señor Iván Orlando Cuellar Varela una pérdida de capacidad laboral del 50.47 % porque el hecho de que le hubieran reconocido con anterioridad una pensión por invalidez como miembro de la fuerza militar en ese régimen especial, no le impedía el reconocimiento posterior de una pensión de invalidez en sistema general de seguridad social por riesgos laborales, en razón de que el sistema no puede excluir preexistencias.

Explicó que en el régimen especial militar los funcionarios son retirados del servicio por no ser aptos para el servicio militar, mientras que la invalidez resulta de una calificación de una persona que sufre una pérdida de capacidad laboral del 50% o superior.

Tuvo acreditado que el pensionado presentó una merma de su capacidad laboral, y que de acuerdo a la calificación efectuada en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y en segunda por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en un 50.47% derivadas de las patologías *«síndrome del túnel carpiano y amputación traumática a nivel del codo de codo en muñeca izquierda y amputación traumática a nivel entre codo y muñeca izquierda en la zona»*, así como que por esa última patología le reconocieron la pensión de gran invalidez en las fuerzas militares; pero que dentro de esos exámenes se siguieron los criterios establecidos en el manual único de calificación

de invalidez, se le realizó una evaluación física y con base en su historia clínica se analizaron los aspectos que le generaban la deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Precisó que era procedente aplicar en el caso del señor Iván Orlando Cuellar Varela la sentencia C-425 de 2005, porque no se podía desconocer el hecho de que su discapacidad había aumentado, aplicando el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades bajo el argumento que es precisamente la unión de las deficiencias lo que le generó una invalidez superior al 50 %. En consecuencia, al no prosperar la pretensión principal concluyó que no era posible el estudio de las accesorias.

II. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** esgrimió como sustento de su inconformidad que al señor Iván Orlando Cuellar Varela no se le están desconociendo sus derechos porque está recibiendo una pensión de invalidez por las Fuerzas Militares; que no se valoraron los errores de que adolece el dictamen de PCL de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde se le asignó una doble ponderación a una deficiencia ya calificada bajo el régimen de excepción, que ocurrió bajo su cobertura, cuando ya había sido indemnizado con la pensión de invalidez ya reconocida.

III. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado de **Colmena SA** reiteró los argumentos esgrimidos ante la primera instancia y reprochó que a pesar los errores que vician el Dictamen n° 92539211-6518, el juez le otorgó plena validez, dejando de lado que previa a la afiliación del señor Iván Orlando Cuellar a Colmena Seguros SA presentaba estado de invalidez consolidado y calificado bajo el régimen de excepción de sanidad de las Fuerzas Militares, y que por ello le reconocieron la pensión de invalidez. Se refirió a las extralimitaciones de la competencia de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al modificar el origen del diagnóstico «*amputación traumática entre el codo y la muñeca*» del señor Iván Orlando Cuellar, como si se tratara de una enfermedad derivada de la exposición a factores de riesgo ocupacional, cuando a partir de las pruebas practicadas, se concluyó que derivó de un accidente de trabajo cuando era soldado profesional en las Fuerzas Militares; y no que se trate de una patología derivada de la exposición a un factor de riesgo ocupacional cuando el señor Cuellar prestó sus servicios al empleador Siemens.

Acotando que no existe justificación alguna para que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificara nuevamente las deficiencias e incrementara el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, sin que la amputación guarde relación con las enfermedades calificadas al trabajador durante su afiliación a esa aseguradora.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación de la sentencia y del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si en el caso a estudio, fue acertada o no la decisión del juez quien no declaró la nulidad del dictamen de pérdida de la capacidad laboral objeto de controversia que, dio lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez en el sistema general de seguridad social al señor Iván Orlando Cuellar Varela, porque no había lugar a excluir la preexistencia del diagnóstico que le permitió el reconocimiento de la pensión especial de invalidez como miembro de las Fuerzas Militares; y en caso de ser negativa la respuesta determinar las consecuencias de la nulidad.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos, (i) la pensión de invalidez con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional reconocida al señor Iván Orlando Cuellar Varela como soldado profesional del Ejército Nacional por el Ministerio de Defensa Nacional a través de la resolución n° 3460 del 29 de septiembre de 2005 conforme a la Junta Médica Laboral que determinó «una disminución de la capacidad laboral del 75.49 %, por lesión ocurrida en el servicio por acción directa del enemigo, y su retiro se produjo el 01 de septiembre de 2005» (pdf. 13 C01); (ii) Calificación de la PCL del señor Iván Orlando Cuéllar Varela emitida por Colmena Seguros SA por el diagnóstico: **síndrome del túnel carpiano**, en un total de 18.59 % con fecha de estructuración 10 noviembre de 2014, de origen profesional (pág. 77- 83 pdf. 01 C01), (iii) decisión que fue recurrida en reposición por el señor Iván Orlando Cuellar Varela, tramitado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá DC emitió el dictamen n° 92539211 el 15 de octubre de 2015 por

medio calificó la PCL en 50,46 % fecha de estructuración 10 de noviembre de 2014, por los diagnósticos: **síndrome del túnel carpiano** y **amputación traumática a nivel entre el codo y la muñeca**, y determinó el origen de la enfermedad como **profesional** (pág. 23 – 26, 27 – 33 pdf. 03 C01); (iii) Colmena ARL apeló la decisión, siendo desatado el recurso por Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen de calificación de la PCL n° 92539211-6518 calendado 11/03/2016 confirmando la calificación de la Junta Nacional en 50.46 % por los diagnósticos: **síndrome del túnel carpiano derecho** y **amputación traumática a nivel entre el codo y la muñeca izquierda**, enfermedades ambas de origen laboral, con fecha de estructuración el 10 de noviembre de 2014, (pág. 85-92 pdf. 01 C01).

4.4. COMPETENCIA DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y VALIDEZ DE LOS DICTÁMENES DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.

Las controversias que se generen con relación a los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez serán dirimidas por la justicia ordinaria de conformidad con en el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013. Normatividad que será aplicable en armonía con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que dispone el conocimiento en segunda instancia de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de la calificación del grado de invalidez y del origen de las contingencias, y solo en el evento que de manera fidedigna y certera se pueda concluir por los medios probatorios que el ente incurrió en un yerro, se puede dejar sin efecto la decisión allí contenida; por cuanto no se puede desconocer que la decisión la toma un cuerpo colegiado, integrado por un grupo interdisciplinario que cuenta con especiales conocimientos en salud ocupacional y experiencia profesional.

4.5. POSIBILIDAD DE ACUMULAR PATOLOGÍAS ANTERIORES PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN DE INVALIDEZ DE UNA PERSONA

La línea jurisprudencial tiene adoctrinado que el afiliado al sistema general de seguridad social puede ser valorado en la merma de su capacidad laboral para determinar si situación de invalidez y le permite al ente calificador acumular patologías anteriores o sumar las de origen común como las de origen profesional, porque las mismas no son excluyentes, porque precisamente lo que se busca es en aplicación de la teoría del factor preponderante o invalidante del afiliado establecer el origen y el porcentaje de la misma, toda vez que en caso de ser mayo a un 50 % implica el reconocimiento de la prestación de invalidez, como lo declaró por vía constitucional la C-425 de 2005, línea que ha venido

siendo ampliada tanto por la Corte Constitucional como en la sentencia T-518 de 2011, como por nuestro máximo órgano de cierre que en reciente jurisprudencia SL3008-2022 puntualizó:

Así, esta modalidad de solicitud de valoración parte de la declaratoria de inexequibilidad del párrafo 1.º del artículo 1.º de la Ley 776 de 2002, criterio que se extendió al párrafo 2.º del artículo 8.º del Decreto 917 de 1999 (CSJ SL1987-2019), lo cual se traduce en que para determinar si una persona está materialmente en situación de invalidez es plenamente válido acumular todas «las patologías anteriores» con las que cursaba un afiliado.

Al respecto, mediante sentencia CC-T-518-2011, la Corte Constitucional estableció que la determinación de la situación de invalidez implica la sumatoria de patologías tanto de origen común como de origen laboral, las cuales, en su contexto, y al acumularse mediante sumas ponderadas, permiten determinar si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con el que cursa un afiliado es superior al 50%. Y de ocurrir esto, supone que deba acudirse por el calificador a la teoría del factor preponderante o invalidante con el fin de establecer un origen a la invalidez, dada la divergencia de orígenes de las patologías que, eventualmente, pueden componer la configuración de la misma: Aunque en la Sentencia C-425 de 2005 la Corte no hizo un pronunciamiento expreso sobre el particular, es claro que cuando, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona que tenía una pérdida de capacidad laboral preexistente, de cualquier origen, llega a un porcentaje superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, debe asumirse que se trata de un evento de origen profesional, y, por consiguiente, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de los componentes profesionales de la discapacidad, y el régimen de la invalidez es el propio del sistema general de riesgos profesionales.

(...) De este modo se tiene que, cuando sea preciso calificar la pérdida de capacidad laboral de una persona, las entidades competentes deberán, en todo caso, proceder a hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole profesional.

Criterio jurisprudencial que esta Corte también ha adoptado en providencias CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 38.614, reiterada en la CSJ SL, 24 jul. 2012, rad. 37892, CSJ SL526- 2012, CSJ SL4297-2021 y CSJ SL1987-2019. Precisamente en esta última sentencia se indicó: Se resalta que esta Sala ya se pronunció respecto a que, en la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona se deben tener en cuenta todas las secuelas, incluyendo las anteriores, aun cuando las mismas sean de diferente origen, bajo el concepto de calificación integral, así lo dispuso en la sentencia CSJ SL, del 26 jun. 2012, rad. N° 38.614, reiterada en la CSJ SL, del 24 jul. 2012, rad. N° 37892 y en la CSJ SL 526 - 2012. (...) Entonces, la determinación de la pérdida de capacidad laboral, como se ha referido, debe ser integral, esto es, en la valoración el equipo calificador debe tener en cuenta todas las secuelas y patologías incluidas las anteriores, sean de origen común o laboral -concepto de calificación integral- Radicado n.º 91440 SCLAJPT-10 V.00 26 atendiendo la norma técnica vigente a la fecha de calificación – Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional-, por ende, no puede entenderse en ningún caso que el concepto de integralidad es la suma de pérdidas de capacidad laboral independiente del origen, - sumatoria de dos dictámenes- como refiere la censura respecto del concepto médico y el Tribunal, por cuanto esta actuación implicaría, precisamente una violación a la norma técnica (subrayado y negrillas fuera del texto).

Conforme a lo anterior, la Corte precisa que la determinación de la invalidez, al ser un criterio susceptible de progresividad o regresividad en el que se intenta determinar si una persona está o no materialmente en situación de invalidez, supone que coexistan distintas modalidades de solicitudes de un mismo procedimiento para determinar si una persona está en dicha condición, conforme al momento en que se adelantan las peticiones y lo que se pretende con las mismas, sin que la existencia de dichos escenarios suponga que las mismas solo puedan adelantarse en el caso de patologías congénitas, crónicas o degenerativas, como aduce la entidad recurrente.

Atendiendo el precedente antecitado, no encuentra eco esta Corporación hechos por la aseguradora en su calidad de recurrente a la sentencia de primera instancia, cuando en primer lugar, no existe ninguna prohibición legal para que el ente calificador de una pérdida de la capacidad laboral al momento de evaluar las patologías o enfermedades

que le generen un grado de discapacidad al afiliado que le deje en tal grado de minusvalía que le impida desarrollar sus actividades físicas diarias inclusive las sensoriales excluya una u otra porque no son del mismo origen -común o profesional-, o porque ya haya sido calificado, y es en este caso el dictamen atacado goza de toda la evaluación graduación de la invalidez y determina la preponderancia de cada diagnóstico con base en el cual al señor Iván Orlando Cuellar Varela, se le ha aumentado su grado de discapacidad a tal punto que en razón de superar el 50% surge el derecho al reconocimiento de la prestación de pensión por invalidez.

Ahora bien, el quid del asunto recae en la inconformidad de la aseguradora demandante de tener que reconocerle una pensión de invalidez al señor Iván Orlando Cuellar Varela, toda vez que ya había recibido una prestación por el mismo riesgo por como miembro del Ejército Nacional, mediante resolución 3460 de septiembre 29 de 2005, y que el diagnóstico por el cual se le reconoció la pensión se encuentra incluido en este nuevo dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y que según asevera, dicho ente lo modificó.

En ese sentido debe advertírsele a la recurrente que no se desconoce el reconocimiento previo de una pensión de invalidez al señor Iván Orlando Cuellar Varela, empero no es menos cierto que por tratarse de una pensión reconocida a un miembro de la Fuerza Militar en ejercicio de su profesión, el escenario donde se concede hace parte de los regímenes especiales, y que se encuentra amparados por el Ministerio de Defensa Nacional a cargo de quien se encuentra el pago de la misma. Régimen que se encuentra excluido del Sistema General de Seguridad Social como lo dispone la Ley 100 de 1993 en el artículo 279 que a la letra reza:

Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (...).

Es por ello que los regímenes exceptuados consagran condiciones diferentes al general, y que reiteradamente la jurisprudencia ha indicado que no se les aplica el sistema general de pensiones por cualquier riesgo, ya sea vejez, invalidez o muerte, y así lo tiene condensado la sentencia SL4298-2021:

Los otros regímenes, con condiciones diferentes al general que continuaron, fueron los denominados exceptuados, para el cual baste remitirnos al artículo 279 de la Ley 100, pues de su tenor emerge que a aquellos taxativamente identificados en dicho artículo no se les aplica las normas del sistema general de pensiones. Entre ellos están las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (...).

Corolario de lo expuesto, no existe duda que dentro del sumario quedó suficientemente probado que la pensión de invalidez que le fue reconocida inicialmente al señor Iván Orlando Cuellar Varela como miembro del Ejército Nacional por el Ministerio de Defensa Nacional, hace parte de un régimen exceptuado por expreso mandato legal, así como que la pensión de invalidez que le corresponde reconocer a Colmena Seguros SA deviene de sistema general de seguridad social por el riesgo laboral que amparaba que cubría la contingencia de riesgo laboral como trabajador del sector privado. Por ende, no existe mérito para declarar la nulidad del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que le determinó al señor Iván Orlando Cuellar Varela una PCL del 50,46%.

Por los motivos antes expuestos, se confirmará la decisión objeto de alzada en todas sus partes.

Se condenará en costas de segunda Instancia a la parte demandante por al no haber prosperado el recurso impetrado. Las agencias en derecho se fijan a cargo de la demandante y a favor de la demandada Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la suma de \$1.160.000, en razón de que el demandado Iván Orlando Cuellar Varela no compareció al proceso

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE:

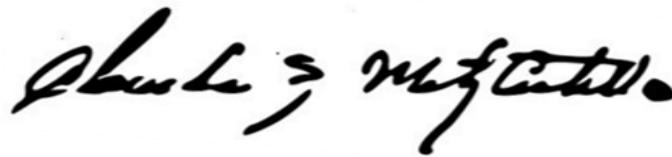
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 30 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Colmena Seguros SA en contra del Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Iván Orlando Cuellar Varela y de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, como litis consorte necesario; conforme con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Las agencias en derecho se fijan a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la suma de \$1.160.000.

Rdo. 11-001-31-05-035-2018-00199-01

Notifíquese por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Link expediente digital

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EquFKCtmq7ZAq_OHfiFvFfkBjWLuH3APjmkHdd3Au-1GXQ?e=lhQ5g6



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Marjurie Bastidas Ardila
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA y Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-023-2022-00144-01 11001310502320220014401

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), **la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Marjurie Bastidas Ardila** en contra de las recurrentes.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- el 18 de abril de

1996 al fondo Davivir Pensiones y Cesantías hoy administrado por Protección SA, y posteriormente a Porvenir SA; que se ordene el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a la última administradora, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (folio 138 archivo 01DemandaAnexos).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 7 de julio de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1995; posteriormente el 18 de abril de 1996 suscribió solicitud de vinculación a Davivir Fondo de Pensiones y Cesantías hoy Protección SA y luego se trasladó a Porvenir SA el 20 de enero de 2020(sic); pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, pero fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la suscripción de sendos formularios de afiliación con esa AFP, la petición que elevó el 31 de enero de 2021, y la declaratoria de improcedente de su solicitud. Negó que hubieran brindado a la actora al momento de su afiliación indebida o falsa información, por el contrario actuando de buena fe le indicaron los pormenores del funcionamiento, condiciones y características del RAIS en comparación con el RPM; o que le hubieran dado el valor de la simulación de su pensión en ese régimen, porque ello solo se puede establecer cuando eleve la solicitud de reconocimiento pensional, así como que el traslado de régimen se relaciona con la forma de financiación de la pensión y no de la mesada pensional. De los demás hechos dijo no constarle por corresponder a terceros y actuaciones ajenas a ellos.

Formuló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo 7, *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, la de afiliación y última cotización al ISS como la totalidad de las semanas cotizadas, la petición que radicó el 28 de enero de 2022 y la respuesta negativa. De los demás hechos dijo no constarle por tratarse de conclusiones o apreciaciones subjetivas, o basarse en documentos o hechos en cabeza de un tercero ajeno a dicha entidad.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (archivo 08, *ídem*).

Protección SA aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la suscripción de la solicitud de vinculación, la petición presentada el 31 de enero de 2021, y la respuesta desfavorable por ellos emitida. Que no consta de las semanas cotizadas a Colpensiones, de la afiliación a otros fondos ni de las semanas cotizadas a la fecha, de la solicitud elevada Porvenir SA y a Colpensiones ni del sentido de las respuestas, así como tampoco de la liquidación realizada. Desvirtuó los hechos que hablan de una indebida información al momento de su vinculación al fondo aclarando que le dio información suficiente de las características propias del régimen pensional escogido y que la mesada no se la podían proyectar sin tener en cuenta los rendimientos que iba a generar su cuenta.

Refutó las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, de la obligación de devolver la prima

del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (archivo 9, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARJURIE BASTIDAS ARDILA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de junio de 1996 hasta el 30 de noviembre de 1997, con motivo de la afiliación de la demandante MARJURIE BASTIDAS ARDILA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de diciembre de 1997.

TERCERO:CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARJURIE BASTIDAS ARDILA junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARJURIE BASTIDAS ARDILA en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

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

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

SEPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que las AFP no probaron haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado (archivos 14 y 15 *ídem*).

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestando que la circunstancia de que el valor de la mesada pensional a recibir en el RPM resulte superior, no puede constituir prueba de que el traslado se haya efectuado por engaño o indebida información, y que para el año de traslado la única obligación de los fondos era informar sobre las condiciones del mismo; evidenciado el descuido de la demandante quien siguió cotizando al RAIS sin manifestar inconformidad alguna ante los diferentes fondos que estuvo vinculada, y quien se encuentra inmersa en la prohibición de traslado.

Porvenir SA, insistió en los argumentos de su defensa e indicó que la sentencia desconoció el principio de la retroactividad de la seguridad jurídica; que como tercero de buena fe aceptó el traslado horizontal de la demandante, por lo que, no hay lugar a la devolución de los rendimientos que tuvieron durante la administración de los recursos y que solo pertenecen al RAIS, y que serían superiores a los RPM. Que se debe ordenar el descuento de las restituciones mutuas a fin de que se le reconozcan los gastos que hizo en favor de la afiliada para que no se configure el enriquecimiento sin causa.

Planteo también su inconformidad con la orden de devolver los seguros de invalidez y sobrevivencia porque ya fueron trasladados a las aseguradoras mientras se garantizó la cobertura; y que no hay lugar a ordenar la indexación por ser excluyente al haberse ordenado la devolución de los rendimientos financieros.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre,

voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación y la entidad cumplió con la normatividad vigente, pudiendo la accionante trasladarse en cualquier tiempo. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS (archivo 07 C02).

La apoderada de **Colpensiones** argumentó que, de acuerdo a la normatividad vigente, la demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida por la Ley 797 de 2003, que no se acreditaron los vicios del consentimiento, que la aplicación del deber de información se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, y para la fecha del traslado de la actora solo era requerido el consentimiento vertido en el formulación de afiliación, que la declaración de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Y que de no acoger sus argumentos se condicione el cumplimiento de la sentencia por su parte, a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP y que no se les condene en costas (archivo 06 *ídem*).

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión, por cuanto ninguna de las AFP logró demostrar que la información emitida en el momento del traslado haya sido clara, precisa y suficiente; y que lo que sí se acreditó fue una conducta dolosa que indujo a la actor al error al suscribir el traslado perdiendo los beneficios de la transición, lo que se corrobora con el interrogatorio de parte de la demandante, así como la postura de la Corte Suprema de Justicia en los casos donde se demande la ineficacia, quien ha sido enfática al señalar que la carga de la prueba corresponde a los fondos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Marjurie Bastidas Ardila al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 26 de agosto de 1966 (folio 3 archivo 01 C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 7 de junio de 1986, hasta el 30 de noviembre de 1996 (folio 61 archivo 08 *ídem*); iii) el 18 de abril de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Davivir hoy Protección SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha (folio 36 archivo 09, *ídem*), y luego migró dentro del RAIS a la AFP Porvenir SA mediante suscripción del formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy administrado por ese fondo a partir del 1 de diciembre de 1997 como se acredita con la certificación de Porvenir SA, suscribiendo posteriormente formulario de afiliación a Horizonte el 20 de enero de 2000 (folio 36, 66 y 67 archivo 07 *ídem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 632 semanas conforme la historia laboral aportada (folio 60 archivo 07 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado

esté precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, «*de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas*».

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA y Protección SA son quienes debían probar en contrario, es decir, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y

previas al traslado. Debido a que son éstas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quienes debían probar respectivamente en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 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, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314,

SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego rhay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA y Protección SA afirmaron al contestar la demanda que la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso (archivos 07 y 09), y en sus alegatos destacaron que la demandante conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida

de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

La Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA y Protección SA trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad

90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Y no comparte la Sala los argumentos expuestos por la apoderada judicial de Porvenir SA relativos a la no devolución de las cuotas de administración, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada.

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, a la cual también se opuso la AFP, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Sobre los reparos de Porvenir SA que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque se devolvieron a la aseguradora, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber legal de dar al afiliado información clara, oportuna, veraz y eficaz, antes del traslado y/o afiliación; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen *«es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título»*. y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia.

Según el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA y Protección SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a

diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adicionará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

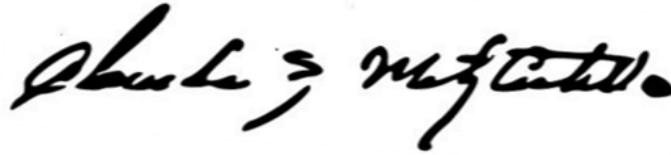
PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 25 de noviembre de 2022 dentro del proceso promovido por Marjurie Bastidas Ardila contra las AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones, en cuanto a que **Porvenir SA** y **Protección SA** deberán trasladar las sumas adicionales para cada vigencia de la demandante en cada fondo respectiva a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor de demandante. Sin costas a favor de Colpensiones.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpK6me-BiNIBqZOVbZM1uokBq0f920fdyIk-6rrpOUWW4w?e=7pNIPo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Edgar Orlando Ortiz Correal
DEMANDADA:	Wilmar Alberto Sánchez Garcés, sociedad Inversiones Sánchez Garcés y Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-024-2020-00008-01 11001310502420200000801

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández , Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, **quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario laboral seguido por **EDGAR ORLANDO ORTIZ CORREAL** en contra de **Wilmar Alberto Sánchez Garcés**, sociedad **Inversiones Sánchez Garcés** y **Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

El Señor Edgar Orlando Ortiz Correal pretende que se declare la unidad de empresa entre el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés, Mi Principal Desvare e Inversiones Sánchez Garcés, ésta última como la principal; que existió una relación laboral a través de contrato a término indefinido entre él y la unidad empresarial demandada

por el período comprendido del 19 de octubre de 1983 al 31 de enero de 2012; la cual incumplió con el deber de afiliación y pago de cotizaciones al sistema de pensiones por el interregno comprendido entre el 19 de octubre de 1983 y el 31 de enero de 2012, por lo tanto, deberá pagar el cálculo actuarial que Colpensiones deberá incluir en su historia laboral y reconocerle la pensión de vejez con el beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, al igual que a los intereses moratorios; a su vez la ex empleadora deberá reliquidar la indemnización por despido injusto, teniendo en cuenta la verdadera fecha de inicio de la relación laboral, y la solidaridad entre la sociedad y persona natural demandada de las condenas a impartir.

Subsidiariamente persigue que se declare la sustitución patronal entre el empleador Wilmar Alberto Sánchez Garcés, Mi Principal Desvare e Inversiones Sánchez Garcés, a raíz de ello que la relación laboral existió con Inversiones Sánchez Garcés desde el 19 de octubre de 1983 al 26 de marzo de 2018, a término indefinido. Pero que de no declararse lo anterior, se declare que la relación laboral sucedió con el señor Wilmar Sánchez entre el 19 de octubre de 1983 y el 30 de julio de 2015.

Así mismo, solicitó que de no accederse a la declaratoria de unidad de empresa o sustitución patronal, que se dio un contrato de trabajo a término indefinido con Inversiones Sánchez desde el 1 de agosto de 2015 al 26 de marzo de 2018; y que se ordene a Wilmar Sánchez como empleador, a pagar el cálculo actuarial por el período comprendido entre el 19 de octubre de 1983 al 31 de enero de 2012. Se reconozca la pensión de vejez con la Ley 100 de 1993.

1.2 HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 2 de noviembre de 1954, llegando a los 62 años el 2 de noviembre de 2016; al 7 de junio de 2018 tenía reportadas en su historia laboral 520 semanas. Afirmó que el 19 de octubre de 1983 inició relación laboral con el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés en el establecimiento de comercio de su propiedad llamado Mi Principal Desvare, cuyo objeto social era la comercialización de bienes, y donde se desempeñó como ayudante percibiendo como salario el mínimo legal mensual vigente.

Precisó que ante la omisión de afiliarlo al sistema de seguridad social en pensiones empezó a cotizar a Colpensiones calidad de trabajador independiente desde el 1º

de agosto de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, aun cuando continuaba vinculado laboralmente con el señor Wilmar Sánchez en el mismo establecimiento de comercio.

El 1 de marzo de 2010 suscribió contrato a término fijo con el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés hasta el 31 de abril de 2011; luego firmó otro contrato bajo la misma modalidad del 1 de mayo al 31 de diciembre de 2011; y otro contrato del **1 de enero de 2013** al 31 de diciembre de 2013 pero con la comercializadora Mi Principal Desvare, de propiedad del señor Sánchez Garcés; pero las cotizaciones al riesgo de pensión las realizó a partir del 1 de febrero de 2012.

Narró que el 13 de julio de 2015 se constituyó la sociedad Inversiones Sánchez Garcés SAS con la misma dirección comercial y de notificaciones del establecimiento Mi Principal Desvare. En el certificado de existencia y representación legal de la comercializadora Mi Primer Desvare registra como representante legal Julie Paulina Sánchez Arias y como suplente Sandra Milena Sánchez Garcés, quienes son hijas del señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés. Por su parte la sociedad Inversiones Sánchez Garcés, registró como representante legal a Sandra Milena Sánchez Garcés y suplente Diana Catalina Sánchez Garcés, hijas también del señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés, por ello operó sustitución patronal entre Wilmar Sánchez e Inversiones Sánchez Garcés.

Continuó su relato, indicando que el 1 de septiembre de 2015 se reanudó la relación laboral con Inversiones Sánchez hasta el 26 de marzo de 2018, fecha en la que le dieron por terminado sin justa causa el contrato a término indefinido, y aunque le pagaron la indemnización solo se tuvo en cuenta como extremo temporal inicial el 1 de agosto de 2015 y no el 19 de octubre de 1983, y que las cotizaciones en pensión las reportaron desde el año 2008.

Aseguró que ante la solicitud de certificado de cotizaciones que radicó ante Saludcoop, le informaron que Mi Principal Desvare lo afilió entre el 4 de febrero de 1999 al 23 de junio de 2008, que posteriormente su afiliación fue como independiente desde el 1 de agosto de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2011, desde el 1 de febrero de 2012, vuelve a aparecer como cotizante dependiente de la comercializadora Mi Primer Desvare hasta el 30 de junio de 2015.

Manifestó que, ante la petición radicada ante Inversiones Sánchez Garcés, el 11 de abril de 2019 la señora Sandra Milena Sánchez Garcés le respondió que se desempeñó como ornamentador y auxiliar de bodega desde el 1 de agosto de 2015.

Para finalizar indicó que, mediante resolución del 13 de mayo de 2019, identificada con el número SUB114591 Colpensiones le negó la pensión de vejez, al no tener en cuenta los tiempos del 19 de octubre de 1983 al 30 de julio de 2008, pero de ser así, sumadas a las que registra en el sistema, alcanza las 1.300 semanas totales cotizadas al sistema general de pensiones.

1.3 CONTESTACIONES

El señor **Wilmar Alberto Sánchez Garcés** aceptó que la vinculación laboral del actor inició en el mes de febrero de 1999 hasta junio de 2008, y desde ese momento se desempeñó por temporadas como contratista hasta diciembre de 2011, que el actor sí le prestó sus servicios pero bajo distintas modalidades, inicialmente de índole laboral y luego por prestación de servicios independientes, como auxiliar de bodega en el establecimiento de comercio ubicado en la av Caracas N.º 31-32 sur de Bogotá DC, y la afiliación que registra por parte de Mi Principal Desvare en el período del 4 de febrero de 1999 al 23 de junio de 2008.

Aclaró que su matrícula comercial como persona natural está cancelada desde junio de 2020, y las cotizaciones que hizo el demandante las hizo mientras estuvo vinculado como independiente, igualmente, que para el 19 de octubre de 1983 cuando el actor dice que era su trabajador, no es posible que hubiera suscrito contrato porque para esa fecha se desempeñaba como empleado público y no podía tener la calidad de empleador, como lo acredita la certificación del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal, desde el 27 de julio de 1978 al 8 de septiembre de 1988.

Asegura que pagó los aportes a salud cuando el demandante estuvo a su servicio como trabajador dependiente, pero no conserva las planillas de 1999 a 2002 e insistió en que a partir de 1 de marzo de 2010 al 31 de diciembre del mismo año, y desde el 1 de mayo de 2011 hasta el 31 de diciembre del mismo año, lo que existió entre ellos fue una prestación de servicios civil, agregó que la comercializadora Mi Principal Desvare fue liquidada con matrícula mercantil cancelada desde el 29 de enero de 2015, y que la actividad que desarrolló como persona natural comerciante

no guarda relación alguna con la sociedad Inversiones Sánchez Garcés SAS, que la sustitución patronal no se puede acreditar por un vínculo parental.

Se opuso a las pretensiones y presentó excepción de mérito inexistencia de una unidad de empresa, de la sustitución patronal, del contrato de trabajo entre el señor Edgar Orlando Ortiz Correal y Wilmar Alberto Sánchez Garcés desde el año 1983 al 2015, incapacidad para interactuar con las personas y tener comportamientos normales a causa de episodios de salud de año, prescripción, pago, compensación, buena fe, inexistencia de la responsabilidad solidaria a la luz del art. 34 del CST.

La sociedad **Inversiones Sánchez Garcés** tuvo como ciertos los hechos relacionados con la edad y fecha de nacimiento del actor, las semanas cotizadas en su historia laboral, que el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés fue propietario del establecimiento de comercio Mi Principal Desvare, las semanas cotizadas en su historia laboral, así como la fecha en las que el demandante comenzó a cotizar como trabajador independiente, la fecha en que constituyó la sociedad el 13 de julio de 2015, aclaró que la dirección de la comercializadora Mi Primer Desvare era la misma de la sociedad porque la señora Milena Sánchez Garcés y Diana Catalina Sánchez Garcés eran las dueñas de la bodega ubicada en esa dirección, y que ellas eran las representantes legales de la sociedad, aceptó y precisó que cumplieron con la afiliación y cotización al sistema de seguridad social integral mientras estuvo vigente el contrato de trabajo con el demandante desde el 1 de agosto de 2015 al 26 de marzo de 2018, la terminación unilateral del contrato y los pagos que efectuaron a la terminación como la indemnización, y que de acuerdo a la fecha de creación de la empresa el 13 de julio de 2015 no podía celebrar contratos previos a esa calenda; la solicitud y respuesta a la afiliación al sistema de salud, y las peticiones que elevó ante ellos de expedición de documentos, el acto administrativo que le negó la pensión. Que no consta de los hechos que se refieren a la relación que sostuvo el demandante con el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés ni que este hubiera desarrollado la actividad de comercialización de bienes porque difiere del a señalada en el certificado de existencia y representación legal, que el mismo actor allegó contrato celebrado con el demandando.

Negó que la señora Julie Paulina Sánchez Arias fuera hija del señor Wilmar Sánchez Garcés, que el vínculo familiar es ajeno al desarrollo económico y/o comercial de cada uno de los demandados, que la actividad de esa empresa no tiene relación con la del señor Wilmar Sánchez Garcés, ni efectuó negocio alguno

para adquirir el del señor Wilmar Sánchez Garcés, que la relación laboral tuviera como fecha de inicio el 19 de octubre de 1983.

Presentó oposición a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones, como previas la de inexistencia de la parte demandada, y de mérito la de inexistencia de una unidad de empresa, inexistencia de la sustitución patronal, del contrato de trabajo celebrado entre el señor Edgar Orlando Ortiz Correal y la sociedad Inversiones Garcés SAS, Inexistencia de las obligaciones y cobro de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, mala fe del demandante en pretender sumas de dinero reconocidas a nombre de la sociedad, improcedencia de la indemnización que trata el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, prescripción, pago, compensación, buena fe, inexistencia de la responsabilidad solidaria a la luz del artículo 34 del CST, y la genérica.

Colpensiones aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y edad del demandante, la fecha en que comenzó a cotizar en pensiones como trabajador independiente, la fecha en que comercializadora Mi Principal Desvare comenzó a realizar aportes a pensión, el agotamiento de la reclamación administrativa para el iniciar proceso de cobro coactivo al empleador y de la pensión de vejez, resuelta desfavorablemente. Y advirtió que no le constan los hechos que relatan situaciones en cabeza de terceros ajenos a esa entidad.

Contradijo la fecha en que Inversiones Sánchez Garcés reanudó la afiliación del actor en pensiones, y precisó que, de acuerdo a la información de la historia laboral, esa sociedad efectuó aportes a su nombre desde el 1 de agosto de 2015 al 31 de marzo de 2018, y el hecho que refiere que Colpensiones no tuvo en cuenta todos los períodos por él cotizados, y aclaró que en su historia laboral aparecen reportadas la totalidad de cotizaciones por él hechas como independiente y como trabajador, que totaliza 520.71 semanas. Trabajó la litis oponiéndose a las pretensiones y presentó las excepciones de mérito de improcedencia del reconocimiento pensional conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, prescripción, la innominada o genérica.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 20 de mayo de 2022 declaró la existencia de sendos contratos de trabajo, el primero celebrado entre el señor **Edgar Orlando Ortiz Correal** y el señor **Wilmar Alberto Sánchez Garcés** desde el **28 de febrero de 1999 al 1 de diciembre de 2011**, con una remuneración de un smlmv; y el segundo, entre demandante y la sociedad **Inversiones Sánchez Garcés** a partir del **1 de agosto de 2015 hasta el 26 de marzo de 2018**, con una remuneración de un smlmv; condenó al señor **Wilmar Alberto Sánchez Garcés** a reconocer y pagar en favor del actor los aportes a pensión del período comprendido entre el **28 de febrero de 1999 a junio de 2003** a través del cálculo actuarial que corresponda; y los aportes a pensión de junio de 2005, marzo, abril, julio y octubre de 2006, febrero y mayo de 2007 hasta julio de 2008, con un IBC equivalente al smlmv, con los intereses del artículo 23 de la Ley 100 de 1993 del período; ordenó a Colpensiones la corrección de la historia laboral del actor a fin de incluir las cotizaciones correspondientes del **28 de febrero de 1999 a junio de 2003**.

Absolvió al señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés y a la sociedad Inversiones Sánchez Garcés de las demás pretensiones incoadas; declaró probadas las excepciones de improcedencia del reconocimiento pensional e inexistencia de una unidad de empresa e inexistencia de una unidad de empresa y de la sustitución patronal; costas y agencias el derecho al demandado Wilmar Alberto Sánchez Garcés.

De acuerdo a la técnica jurídica como primer problema jurídico resolvió que se apreció el contrato realidad entre el demandante y el señor Wilmar Sánchez Garcés, la prestación del servicio la tuvo por acreditada con las testimoniales de ambas partes y las documentales allegadas como las planillas de pago de aportes a seguridad social, certificaciones laborales y carta de terminación de contrato y relación laboral, con respecto a los extremos temporales acotó que el único período acreditado como empleado del señor Wilmer Sánchez Garcés es el comprendido entre **febrero de 1999 a diciembre de 2011**, producto de la confesión de éste en la contestación que dio a los hechos: 4, 14 y 16 de la demanda, y la oposición a la pretensión declarativa número 6 y las subsidiarias 3 y 5, y que corroboró con las declaraciones de Silvia Janeth Álzate como compañera del demandante en los años 2008 y 2009, y las planillas de pago aportes al sistema general de Seguridad Social, antes referenciadas por los periodos de julio a diciembre, 2003, enero diciembre 2004 de enero a mayo, julio a diciembre 2005, enero, febrero, mayo, junio, agosto,

septiembre, noviembre, diciembre 2006, y enero, marzo y abril 2007. Le restó valor probatorio a la declaración de la señora Nubia Herrera para demostrar la prestación continua del servicio a partir del año 1983, porque sus afirmaciones derivaron de lo que le había contado el demandante. Y ante la fragmentación de la continuidad en la prestación de su servicio a favor del señor Wilmar Sánchez Garcés, dada la terminación de la relación por la Comercializadora Mi Principal Desvare y el pago de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, no existe mérito para declarar la continuidad en la prestación de los servicios bajo las figuras de unidad de empresa o sustitución patronal.

Como no existía claridad en los externos temporales solo en la fecha de terminación de acuerdo a las documentales que reposan en el plenario, aplicó el precedente jurisprudencial condensado en sentencias como la SL 17340 de 2017 y SL 1362 de 2020, y con base en la teoría de la aproximación precisó que la relación laboral entre el demandante y el señor Wilmer Sánchez Garcés tuvo como fecha de inicio el 28 de febrero de 1999 y de finalización el 1 de diciembre de 2011; y que el vínculo laboral entre el actor y la sociedad Inversiones Sánchez Garcés inició el 1 de agosto de 2015 y finalizó el 26 de febrero de 2018, como lo corroboró con el testimonio del señor Omar Orlando Ordoñez, contador de la sociedad y el contrato de trabajo a término indefinido aportado.

Para resolver el planteamiento jurídico respecto de la existencia de dependencia económica predominante de la sociedad Inversiones Sánchez Garcés sobre Wilmar Sánchez Garcés como persona natural comerciante y la comercializadora Mi Primer Desvare, dilucidó que la parte activa no logró demostrarla, ni el control financiero de la primera respecto de aquéllos, ni siquiera con los testimonios recibidos permitieron demostrar la figura de unidad de empresa. Así cómo tampoco se acreditó una sustitución patronal, porque no se probó el cambio del empleador, la continuidad de la empresa ni la permanencia entre trabajadores en el servicio. Por lo que reflexionó que al no existir una sucesión de empresas ni que se hubieran trasladado los elementos organizativos y productivos del Wilmar Sánchez Garcés a Inversiones Sánchez Garcés para seguir explotando los negocios, y menos la continuada prestación del servicio del demandante en los mismos términos que venía desarrollando su labor, ni que hubiera mediado compra venta, sucesión, permuta, cesión o cualquier otra forma de traslado de esta entre las demandadas, por el contrario lo que se demostró fue la independencia de las sociedades.

Para determinar cálculo actuarial que debe efectuar Colpensiones estimó que como no desconoció y tachó de falsos los aportes al sistema de seguridad social pensiones que efectuó el demandado Wilmar Sánchez Garcés durante los períodos julio a diciembre 2003, enero a diciembre 2004, enero a mayo y julio a diciembre 2005, enero, febrero, mayo junio, agosto, septiembre noviembre, diciembre 2006, y los de enero, marzo y abril de 2007, ordenó su imputación a la historia laboral del actor por cuanto no figura en el reporte por ellos allegado, y condenó al demandado Wilmar Sánchez Garcés, ante la ausencia de afiliación al sistema, cancelar a favor del señor Edgar Rolando Ortiz Correal a través de cálculo actuarial los aportes de corresponden a los períodos del 28 de febrero de 1999 a junio de 2003, y el pago de los aportes con intereses legales de los períodos de junio, 2005, marzo, abril, julio y octubre 2006, febrero y de mayo de 2007, febrero y mayo 17 a julio de 2008, con un IBC el smlmv. Aclaró que a partir del mes de agosto del año 2008 se acreditó que el demandante pagó sus aportes como trabajador independiente, y que no hay lugar a ordenar el pago de ellos porque no se solicitó su reembolso o devolución. Sin que opere el fenómeno prescriptivo en este caso.

Finalmente, para dilucidar el derecho a la pensión de vejez bajo el régimen de transición, concluyó que no está cobijado por el mismo porque a la entrada de la Ley 100 de 1993 tenía 39 años, ni contaba con 15 años o más de servicios cotizados, porque solo se probó que los aportes a pensión datan del 11 de enero de 1994 como trabajador dependiente, en consecuencia, le es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003. Y que tampoco le asiste el derecho porque aun cuando el actor acredite la edad de 62 años, solo tiene cotizadas un total de 984.28 semanas en su historia laboral,

III. RECURSO DE APELACIÓN:

3.1 RAZONES DEL RECURSO

El demandante, a través de su apoderada, criticó que no se tuviera por probada la relación laboral entre él y Wilmar Alberto Sánchez Garcés desde el año 1983 hasta enero de 1999, que goza de credibilidad el testimonio de Nubia Herrera Sastoque, quien fue clara y coherente en sus dichos inclusive con las declaraciones de los testigos de la demandada para acreditar ese vínculo laboral. Que no declarara la sustitución patronal, probada la continuidad de la empresa y la permanencia del

demandante como trabajador, señalando que, aunque se intentó cambiar el modelo de empresa, siguieron prestando los mismos servicios para los que él fue contratado.

Que ante la sustitución patronal que se dio con Inversiones Sánchez, deben ser condenados al reconocimiento de las prestaciones económicas y sociales reclamadas, porque si se acepta la existencia de ese vínculo laboral laboral, le permitiría al actor beneficiarse del régimen de transición puesto que sumaría 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, y que se le extienda al 1 de julio de 2005. Sin embargo, aun cuando no esté beneficiado por la transición, podría sumar las 1.300 semanas exigidas en el régimen pensional vigente. Y que se reconozca la relación laboral sin solución de continuidad desde 1983 hasta el año 2018 cuando finalizó. Y residualmente se condene a Inversiones Sánchez al reconocimiento de la reliquidación de indemnización por despido injusto.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Parte demandante.

Dentro de sus alegaciones, la parte actora mediante memorial expone las razones de hechos y derecho, además de los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso, solicitándole a esta Corporación que modifique la sentencia de primera instancia y en su lugar determine como fecha de inicio de la relación laboral octubre de 1983, para que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del cumplimiento de la edad mínima y el cumplimiento de semanas de cotización sin perjuicio del pago del cálculo actuarial.

Parte demandada Colpensiones.

En sus alegaciones, la Administradora pide que se confirme el fallo de primera instancia, en lo que tiene que ver con la absolución del reconocimiento de la prestación de vejez, asegurando que inclusive con los periodos en mora no logra el actor cumplir con el requisito de semanas cotizadas.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación de la sentencia en favor de la parte demandante de conformidad con lo señalado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

5.2. PROBLEMA JURIDICO.

Esta Sala se ocupará de analizar, si fue acertada o no la decisión de la juez al declarar el contrato realidad entre el señor Edgar Orlando Ortiz Correal y el comerciante Wilmar Alberto Sánchez Garcés desde el 28 febrero de 1999 al 1 de diciembre de 2011, o si por el contrario operó la continuidad de la relación laboral hasta el 26 de marzo de 2018, bajo la figura de la unidad de empresa o sustitución laboral; y se ser positiva la resolución, si existe lugar al reconocimiento de los aportes a seguridad social en pensiones, y que dicho interregno sea incluido en su historial laboral. De ser acertado, si existe lugar al reconocimiento de la reliquidación de la indemnización por despido injusto. Y si acredita el demandante los requisitos para obtener la pensión de vejez bajo el régimen de transición.

5.3. EXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD

La ley sustantiva laboral contiene la definición del contrato de trabajo, consagra los elementos esenciales del mismo y asegura una presunción a favor del trabajador, en los artículos 22, 23 y 24; en ésta última noma contiene una presunción de que *«Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*. Ello significa una ventaja probatoria para quien alega un contrato de trabajo y le impone el deber de probar, mínimamente la prestación personal del servicio, para que se infiera que se trata de un contrato de trabajo subordinado.

A su vez, como la referida presunción es de carácter legal admite prueba en contrario, lo cual faculta al supuesto empleador para contraprobarla y desvirtuar el hecho presumido, pudiendo liberarse de sus efectos. Sobre lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL2480-2018, reiterando el criterio que de antaño ha adoctrinado la Corporación, señaló:

(...) para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, 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 cuando se encuentra

evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la Litis, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada.»

En atención a los reparos del recurrente quien sostiene que la relación laboral tuvo sus inicios desde el 19 de octubre de 1983, y que tal supuesto se acredita con la testimonial de la señora Nubia Herrera Sastoque, la cual no fue debidamente por el *a quo*, debe decirse que no fue contundente en sus respuestas ni pudo expresar la ciencia de su dicho, siendo reiterativa en señalar que lo que sabía de la relación laboral que surgió entre el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés y su esposo, hoy demandante, era de lo que le contaba su esposo, si bien indicó que conoció al señor Wilmar Sánchez Garcés y su familia, no precisó fechas ni hechos relacionados con el inicio, sus respuestas no eran precisas ni pudo exponer circunstancia de tiempo, modo o lugar que permitieran acreditar los hechos de la demanda, sus manifestaciones eran “me imagino que...”, cuando le pedían precisar sus declaraciones lo que decía era que su esposo “era muy reservado”, a su vez en el avance de su testimonio mencionó al señor Gabriel quien identificó como hermano del señor Wilmar Sánchez Garcés, a quien le rendía cuentas y quien le daba las órdenes al éste, quien no figura en los hechos de la demanda, así mismo también se contradijo porque afirmó inicialmente que el señor Wilmar Sánchez Garcés siempre fue el jefe del señor Edgar Ortiz, luego que fue el señor Gabriel inicialmente, y finalmente expresó que la administración del negocio la asumieron las hijas del señor Wilmar, de quienes atendía órdenes y fueron quienes terminaron la relación.

Respecto de la facultad atribuida a los jueces para emitir sus sentencias con sustento en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y que bajo el principio de la libre formación del convencimiento puede acreditar la existencia o no de un hecho jurídico, se tiene preceptuado por la SCL en sentencias como la SL3036-2018:

Las sentencias judiciales deben estar soportadas en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, conforme lo establecía el artículo 174 del CPC, hoy artículo 164 del CGP, razón por la cual la libre formación del convencimiento del juez laboral debe estar precedida de unos medios de convicción admitidos, decretados, practicados y

valorados, respetando los requisitos, condiciones y formalidades establecidos en el ordenamiento jurídico.”

Conforme a la valoración de la testimonial, y que bajo el principio de la libre formación del convencimiento que faculta al juez laboral para decidir conforme a las pruebas le permitan tener claridad de los hechos de la demanda, en este punto, no se puede llegar a otra conclusión sino que la censura no logró desvirtuar la inferencia de la juez respecto de la vaguedad del testimonio de la señora Nubia Herrera, la cual fue insuficiente para demostrar que la relación laboral que trenzó a las partes en contienda, específicamente con el señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés como empleador y el señor Edgar Orlando Ortiz Correal como trabajador, tuvo sus inicios desde el 10 de octubre de 1983, sin que se pueda corroborar con otro medio probatorio y que se itera la fuente de su información no derivó de otra persona sino de lo informado por el mismo demandante.

Por tanto, al incumplir la parte demandante con su carga probatoria para acreditar la prestación de sus servicios a favor del señor Wilmar Alberto Sánchez Garcés, desde el 10 de octubre de 1983, tal como se consideró por la primera instancia, la reflexión de la Sala es la misma, en consecuencia, se confirmará en este punto la decisión.

5.4. SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES Y UNIDAD DE EMPRESA

El reiterado precedente de nuestro máximo órgano de cierre, tiene adoctrinado que la **sustitución de empleadores** o patronal, no depende de que el contrato de trabajo mantenga su vigencia en el tiempo, sino que se mantenga la relación laboral, sino que debe ser continua la prestación del servicio del trabajador para el mismo negocio y/o establecimiento de comercio; amén de que se debe cumplir con los elementos que por vía jurisprudencial se han condensado en reciente sentencia con la SL1399-2022 de la siguiente manera:

Nótese que el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo define la sustitución de empleadores como «*todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios*».

Así, la sucesión de empresarios precisa de: (i) un cambio en la titularidad de la organización productiva por cualquier causa, como compraventa, arrendamiento o traspaso del negocio a cualquier título, u operaciones de reorganización empresarial, como las fusiones, adquisiciones, absorciones,

liquidación con traspaso de bienes, etc., en virtud de las cuales un empresario subroga a otro en su posición empleadora, y (ii) la identidad de establecimiento o subsistencia de la empresa, entendida como un conjunto de medios organizados (personales, patrimoniales, técnicos) para llevar a cabo una actividad económica (CSJ SL3001-2020). Además, la jurisprudencia de la Sala Laboral ha interpretado que para que opere la sustitución de empleadores también se requiere (iii) «la continuidad en la prestación del servicio» (CSJ SL4530-2020).

Ahora, la continuidad en la prestación del servicio no equivale a continuidad en el contrato de trabajo, como lo entiende el recurrente. De lo contrario, podrían eludirse con facilidad los efectos de la sustitución de empleadores, terminando los contratos de trabajo antes de que el nuevo empresario asuma la dirección del negocio y suscribiendo uno nuevo con él. De esta forma, el nuevo empleador quedaría totalmente liberado de las obligaciones laborales y prestacionales del antiguo empleador, y más aún, los trabajadores perderían su antigüedad y las garantías laborales adquiridas con anterioridad, que es precisamente lo que quiere proteger la institución laboral de la transmisión de empresa.

A juicio de la Sala, la operatividad de la **sustitución de empleadores está sustraída de la voluntad de las partes** y su configuración depende de la comprobación de unos elementos empíricos o de la realidad, a saber, **(i) el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa, (ii) la subsistencia de la identidad del negocio y (iii) la continuidad de la relación laboral o la prestación del servicio -no del contrato de trabajo-**. De modo que la sustitución de empleadores no depende de declaraciones que las partes hagan en acuerdos privados, de manipulaciones de las formas contractuales o de si formalmente el contrato termina y se firma uno nuevo, sino de que empíricamente se comprueben esos tres elementos.

Con estos argumentos, la Sala precisa la jurisprudencia sentada en sentencias tales como la CSJ SL, 24 en. 1990, rad. 3535, CSJ SL1943-2016 y CSJ SL4530-2020 a fin de dejar en claro que para la configuración de la sustitución de empleadores es necesaria la *continuidad de la relación laboral*, entendida en términos de continuidad material de la prestación del servicio a una misma organización productiva y no de vigencia del contrato de trabajo". Subrayas y negrillas fuera del texto.

En armonía con la precedente antecitado, tenemos que en el caso en concreto de acuerdo con las pruebas aportadas, no es posible extraer de ellas la configuración de la sustitución patronal entre Wilmar Alberto Sánchez Garcés, comercializadora Mi Primer Desvare e Inversiones Sánchez Garcés, tal como lo concluyo la primera instancia, porque no medió cambio en la titularidad ya sea por compraventa, arrendamiento o traspaso del negocio, sino que de acuerdo a los certificados de existencia y representación legal que obran en el expediente, cada empresa se constituyó de manera independiente, con distintos objeto social, pruebas allegadas por el mismo extremo activo, como se ilustra a continuación:

-INVERSIONES SÁNCHEZ GARCÉS SAS

CERTIFICA:
ACTIVIDAD PRINCIPAL:
4754 (COMERCIO AL POR MENOR DE ELECTRODOMÉSTICOS Y GASODOMÉSTICOS DE
USO DOMÉSTICO, MUEBLES Y EQUIPOS DE ILUMINACIÓN)
CAPITAL: CERTIFICA:

-COMERCIALIZADORA MI PRINCIPAL DESVARE SAS

CERTIFICA:
QUE EL ACTA NO. 6 DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 27 DE ENERO DE
2016, POR MEDIO DE LA CUAL SE APROBO LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACION
DE LA SOCIEDAD, FUE INSCRITA EL 29 DE ENERO DE 2016 BAJO EL NO.
02057230 DEL LIBRO IX.
CERTIFICA:
QUE, EN CONSECUENCIA, Y CONFORME A LOS REGISTROS QUE APARECEN EN LA
CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, LA SOCIEDAD SE ENCUENTRA
LIQUIDADADA.
CERTIFICA:
ACTIVIDAD PRINCIPAL:
4754 (COMERCIO AL POR MENOR DE ELECTRODOMÉSTICOS Y GASODOMÉSTICOS DE
USO DOMÉSTICO, MUEBLES Y EQUIPOS DE ILUMINACIÓN)
CERTIFICA:
** NOMBRAMIENTOS **

-PERSONA NATURAL WILMAR ALBERTO SÁNCHEZ GARCÉS

CERTIFICA:
RENOVACION DE LA MATRICULA : 15 DE JULIO DE 2015
ULTIMO AÑO RENOVADO: 2015
ACTIVO TOTAL REPORTADO: \$1,500,000
ACTIVIDAD ECONOMICA : 4775 COMERCIO AL POR MENOR DE ARTICULOS DE

SEGUNDA MANO. 3830 RECUPERACION DE MATERIALES. HOMOLOGADO(S) VERSION 4
AC.
LA INFORMACION CERTIFICA:

Lo que desvirtúa que exista identidad entre los establecimientos de comercio a través de los cuales se prestaba el servicio, y menos la continuidad en la prestación del servicio, cuando obra en el plenario terminación del contrato vigente entre la comercializadora Mi Primer Desvare en fecha diciembre 31 de 2013 firmada, y hecho aceptado por el demandante (folio 25 archivo 01 C01 primera instancia); y la posterior suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Inversiones Sánchez Garcés SAS cuyos extremos temporales datan del 1 de agosto de 2015 al 26 de marzo de 2018, en el cargo de ornamentador y auxiliar de bodega como consta en la certificación laboral y la carta a través de la cual se le comunicó al demandante la terminación del contrato de trabajo (folios 23 y 24 ibidem).

De esta manera no se advierte continuidad en la prestación del servicio, ni en la empresa, pues a pesar de que tanto la comercializadora Mi Primer Desvare como la sociedad Sánchez Garcés tienen como objeto social el comercio al por menor de electrodomésticos y gasodomésticos, también lo es que cada una de esas entidades se constituyó en épocas diferentes, de tal manera que no es posible predicar tampoco la continuidad en la empresa. Por lo que se confirmará la decisión de instancia.

- UNIDAD DE EMPRESA

Por su parte en postura de la CSJ en sala de casación laboral en torno a la demostración de la existencia de la unidad de empresa ha condensado en sentencia como la SL6228-2016:

En este orden de ideas, no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

La Sala en sentencia de la CSJ, 16 dic. 2009, rad. 32212, recordó que «*la unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)*».

Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.”

La parte demandante no demostró que Wilmar Alberto Sánchez Garcés empresario inscrito como persona natural, tuviera control directo sobre Inversiones Sánchez Garcés, como empresa filial, que las actividades eran similares, conexas o complementarias, y menos una dependencia económica o predominio económico, siendo fundamental para concebir y declarar por vía judicial la unidad empresarial. Lo que no permite en este caso en concreto, que se deriven consecuencias de responsabilidad laboral de Inversiones Sánchez Garcés sobre Wilmar Alberto Sánchez Garcés mientras estuvo vigente como persona jurídica en su calidad de persona natural comerciante, cuando en este juicio se acreditó la liquidación de éste.

En razón a lo anterior y con respecto a los reproches de alzada al no haberse acreditado la existencia de la relación laboral entre el demandante y Wilmar Alberto Sánchez Garcés, para un período distinto al decretado por la juez, no hay lugar en esta segunda instancia a ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales ni indemnización por despido injusto, cuando se itera, la última relación laboral del demandante fue suscrita con la sociedad Inversiones Sánchez Garcés por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2015 al 26 de marzo de 2018, y se liquidó en tal sentido. Tampoco se produzca la inclusión de nuevas semanas en la historia laboral del demandante, por lo que, al no cumplir con el mínimo de semanas para obtener la pensión de vejez según la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

En consecuencia, la sentencia apelada se confirmará en todas sus partes.

Se condenará en costas de segunda Instancia a cargo del demandante Edgar Orlando Ortiz Correal, por haber sido vencido en el recurso y a favor de la demandada Inversiones Sánchez Garcés. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de \$1.160.000 pesos que deberá asumir la parte demandante a favor de la demandada Inversiones Sánchez Garcés.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

I. DECIDE:

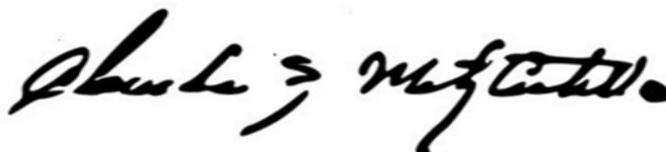
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 20 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Edgar Orlando Ortiz Correal en contra de Wilmer Alberto Sánchez Garcés, Inversiones Sánchez Garcés y Colpensiones, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas de segunda Instancia a cargo del demandante Edgar Orlando Ortiz Correal, por haber sido vencido en el recurso y a favor de la demandada Inversiones Sánchez Garcés. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en

la suma de \$1.160.000 pesos que deberá asumir la parte demandante a favor de la demandada Inversiones Sánchez Garcés.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Pedro Josías León Garzón
DEMANDADA:	Enel – Codensa SA ESP
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-024-2020-00008-01 11001310503220210002701 CS

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA DC**, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por el señor **José Santiago Ángel Salazar** en contra de **Enel – Codensa SA ESP**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIONES

El Señor Pedro Josías León Garzón presentó demanda Ordinaria Laboral, pretendiendo se declare ineficaz y que no produce efectos jurídicos la terminación del contrato que efectuó la demandada de manera unilateral y sin justa causa; por consiguiente, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando como profesional senior infraestructura y red; el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos pactadas en las convenciones colectivas celebradas entre la organización sindical y la empresa; indexación; ultra y extra petita.

1.2 HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el 11 de septiembre de 2017 suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la empresa Enel – Codensa SA ESP, para desempeñar el cargo de profesional senior proyecto telecontrol, que mutó a término indefinido mediante otro sí, a partir del 1 de mayo de 2018 para ejercer el cargo de profesional senior infraestructura y red, con una asignación salarial de \$4.983.332.

Precisó que el 7 de junio de 2018 se afilió a la organización sindical -sindicato de trabajadores de la energía de Colombia, regional Bogotá – Cundinamarca, y que el 12 de noviembre de 2019 el sindicato suscribió con la demandada convención colectiva de trabajo vigencia año 2019-2022.

Relató que el 1 de diciembre de 2020 se publicó en el organismo periodístico del sindicato -El Rayo- denuncia titulada “Intimidación en empresas del grupo Enel (Codensa y Emgesa)”, por la persecución y presión que estaban ejerciendo algunos directivos de las empresas Enel - Codensa y Enel Emgesa, para que los trabajadores aceptaran planes de retiro voluntario, despidos de trabajadores con restricciones de salud laboral adicional al acoso y sobrecarga laboral que imponen a la mayoría de trabajadores que por éstas causas están sufriendo diferentes enfermedades causadas por el estrés, como en su caso, y así lo manifestó al sindicato; lo que acusa como violatorio de la convención colectiva de trabajo, al desconocer el papel legítimo de la organización sindical -artículo 71-.

Afirmó el actor que el 2 de diciembre de 2020 la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa, desconociendo los beneficios consagrados en la convención colectiva 2019-2022 en su condición de miembro de la organización sindical Sintraelecol.

Informó que el 15 de diciembre de 2020 envió reclamación administrativa a las direcciones rafael.carbonell@enel.com y sintraelecolbogota@hotmail.com por medio de la cual solicitó su reintegro por despido injusto y violación al derecho de defensa, el pago de los salarios dejados de percibir y demás emolumentos a que pueda tener derecho, comunicándole la demandada que no podían darle respuesta porque no reposaba el poder o autorización expresa de tercero; a los que les respondió que en virtud del Decreto 806 de 2020 no es necesaria la presentación personal ni autenticación del poder; siendo requerido en el mismo sentido el 7 de

enero de 2021, reiterando su posición. Quedando agotada la reclamación administrativa de manera negativa el 21 de enero.

1.3 CONTESTACIÓN

La sociedad **Codensa SA ESP** aceptó la fecha de vinculación del demandante, la modalidad contractual y los extremos, la fecha de terminación del contrato, y el agotamiento de la reclamación administrativa, pero señaló que no le consta la fecha en que se afilió el actor a Sintraelecól, y aclaró que el demandante nunca ocupó cargo en la junta directiva y no gozaba de fuero sindical o circunstancial. También precisó que le pagó la liquidación final de prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa.

Negó las condiciones físicas o de salud que aquejaban al actor porque no tenía restricción o recomendación médica ni estaba en proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral; que la terminación hubiera atendido a motivos de salud debido y aclaró que fue una decisión unilateral, o que hubieran desconocido el debido proceso y defensa y menos desconocer los beneficios de la convención colectiva 2019-2022. Se opuso a las pretensiones y como excepciones previas formuló la de falta de competencia por cuantía, y de mérito las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 24 de mayo de 2022 el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante; decisión a la que llegó al responder el problema jurídico que se planteó, y que consistía en establecer si la terminación del contrato es ineficaz, y si en consecuencia de ello procede el reintegro con el respectivo pago de los salarios y prestaciones sociales caudadas desde la desvinculación hasta el reintegro del demandante.

Argumentó el juez que la condición resolutoria del contrato de trabajo establecida a favor tanto del trabajador como del empleador -artículo 64 CST-, solo le impone a este último el pago de una indemnización en caso de aplicarla, mas no la obligación de adelantar un debido proceso, porque en este caso no existe imputación o señalamiento de incumplimiento. Aclaró que la protección al debido proceso solo se

ha determinado por vía jurisprudencial para los casos en que el despido atienda a una justa causa, con el propósito de brindarle al trabajador un debido proceso donde pueda ejercer su defensa y desvirtuar las ilegalidades que considere tuvieran ocurrencia; lo que no se cumple en el caso concreto.

Consideró a su vez que el demandante no demostró que padeciera una condición de salud que le generara una protección o estabilidad laboral reforzada; ni que gozara de un fuero o estabilidad pactada como afiliado de la organización sindical, que impidiera su despido; trajo a colación el artículo 24 de la convención colectiva de trabajo firmada entre Sintraelec y la demandada, y precisó que aun cuando contempla una indemnización por despido injusto superior al monto establecido en la norma sustantiva, esa prerrogativa no lo cobijaba porque era aplicable a los trabajadores vinculados con anterioridad al 1° de enero de 2004. Ello sumado a que no ejercía un cargo directivo o de representación en el sindicato que implicara una prohibición para la terminación de su contrato de manera unilateral.

Por ello concluyó que al no existir una prohibición por convención colectiva para darle por terminado el contrato aplicación a la condición resolutoria del contrato de trabajo del demandante, no hay lugar a declarar ineficaz el despido del demandante.

III. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

De acuerdo a la constancia secretarial las partes no allegaron alegatos de segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia en favor de la parte demandante de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Esta Sala analizará si fue acertada o no la decisión del juez al absolver a la demandada de la pretensión de despido ineficaz, y si es positiva la respuesta si

procede el reintegro, y el pago de salarios y prestaciones sociales causados desde la desvinculación del demandante hasta su reintegro.

4.3. HECHOS RELEVANTES

Como hechos probados y que no fueron discutidos por el extremo pasivo, tenemos que (i) el demandante se vinculó con la empresa Enel – Condensa SA ESP desde el 11 de septiembre de 2017 a través de un contrato a término fijo en el cargo de profesional senior proyecto telecontrol (folios 101 a 104 archivo 01 C001), (ii) que posteriormente el contrato mutó a término indefinido mediante otro sí firmado el 1 de mayo de 2018 para desempeñar el cargo de profesional senior infraestructura y red con una asignación salarial de \$4.983.332 (folio 105 ibidem) (iii) la afiliación del demandante a la organización sindical Sintraelecol desde el 7 de junio de 2018 (archivo 107 ibidem), (iv) la convención colectiva de trabajo 2019-2022 suscrita entre Sintraelecol y Engel – Codensa SA ESP (archivo 110 a 148 ibidem), (v) terminación del contrato al actor desde el 2 de diciembre de 2020 (folio 106 ibidem), (vi) la liquidación definitiva cancelada por Enel Codensa SA ESP al demandante por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnización por terminación unilateral del contrato sobre 74,56 días por un valor total de \$17.525.95 (folio 21 a 23 archivo 06 C001), (vii) el agotamiento de la reclamación administrativa por el demandante y su resolución desfavorable (folios 61 a 75 ibidem).

4.4. DESPIDO INEFICAZ

Nuestra legislación laboral faculta al empleador a dar por terminado de manera unilateral la relación laboral sin justa causa comprobada, o bien sea porque él da lugar a la terminación por parte del trabajador por alguna justa causa, caso en el cual está obligado a pagar una indemnización, que se liquida con base en el salario percibido por el trabajador y el tiempo de servicio, como se encuentra regulado en el artículo 64 y su párrafo transitorio, sin que se haya establecido un debido proceso para poder dar resolución al contrato de trabajo.

Facultad que atribuye libertad al empleador para despedir a un trabajador si este no está en una condición de estabilidad laboral reforzada, fuero o protección sindical; y en estos escenarios sí el empleador debe cumplir los procedimientos legales, reglamentos internos de trabajo o convenciones colectivas para que el despido no se torne ilegal.

Así las cosas, se tiene adoctrinado que el despido es ineficaz cuando no tiene validez legal porque el empleador desconoció la ley o sin autorización del ministerio del trabajo, y solo puede ser declarada por la justicia ordinaria laboral. En ese orden, el despido sin justa causa no es ilegal y mucho menos ineficaz en la medida en que tiene consagración y regulación legal en cuanto a sus consecuencias, por lo tanto, tiene eficacia

La Corte Constitucional por vía de sentencia de constitucionalidad concluyó que la indemnización que se estableció como una responsabilidad pecuniaria en cabeza del patrono no riñe con los derechos fundamentales como el derecho al trabajo, y en la sentencia C-1507-2000 precisó:

Ahora bien, las normas bajo estudio simplemente prevén la posibilidad de que el contrato de trabajo se dé por terminado sin justa causa por parte del patrono, y contemplan las consecuencias patrimoniales de dicho evento, esto es, la indemnización de los perjuicios ocasionados a la otra parte contratante, en este caso, el trabajador. Estima la Corte que esta previsión legal en forma alguna comporta violación de los preceptos constitucionales invocados por el demandante y que, por el contrario, supone un desarrollo adecuado de los postulados del Estado Social de Derecho, en tanto que el legislador ha establecido en cabeza del patrono una responsabilidad pecuniaria, que debe ser acorde al perjuicio sufrido por el trabajador, cuando opta por terminar la relación contractual sin que medie justa causa. Allí la protección legal para el empleado no se expresa normalmente con el reintegro del despido sino mediante la indemnización por el daño que se le ocasiona, lo cual no se opone a los principios fundamentales.

Descendiendo al caso en concreto, nos encontramos ante un despido unilateral por parte de la demandada Enel – Codensa SA ESP, quien en su condición de empleadora decidió dar por terminado el vínculo laboral trezado con el señor Pedro Josías León Garzón a través de un contrato a término indefinido, sin que mediara una justa causa con el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST; despido catalogado por el demandante como ineficaz quien relató como supuestos fácticos una presunta persecución a los miembros de la organización sindical de la cual él hacía parte y por las condiciones de salud que estaba experimentando, y que no se dio un debido proceso para ejercer su defensa previo al despido.

Valorado el acervo probatorio, se encuentra que una vez comunicada al actor la decisión de la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral, le fue cancelada la liquidación definitiva de acreencias laborales incluyendo la indemnización, liquidada por 74,56 días y en la suma de \$17.525.445. Lo que de entrada no presupone la ineficacia del traslado, a menos de que el trabajador ostente una condición de estabilidad laboral reforzada o un fuero sindical, y en este caso el demandante señala como derroteros, dos situaciones que permitirían entrar

a dilucidar si el empleador incurrió en un despido ilegal que amerite la declaratoria de ineficacia. En primer lugar, que era miembro de la organización sindical Sintraelecól y no se tuvieron en cuenta los beneficios y protecciones especiales contenidas en la convención colectiva 2019-2020, y, en segundo lugar, que venía presentado condiciones de salud que narró de la siguiente manera «*tiene muchos dolores musculares, dolor de codo y hombro, ya que no se respetaban los principios generales del diseño ergonómico de sistemas de trabajo, tal como el sindicato ha manifestado*».

Respecto de la condición de salud, ello fue solo enunciado en el hecho sexto de la demanda, sin que obre historia laboral que acredite una patología diagnosticada y conocida por su empleador para que goce de la estabilidad laboral reforzada amparada por la Ley 361 de 1997, y desarrollada por vía jurisprudencial en sentencias como la SL1184-2023, SL1259-2023, SL1491-2023 y la SU087-2022.

Y en segundo lugar, tal como lo examinó el *a quo*, si bien la convención colectiva 2019-2020, contiene una prerrogativas que le otorgan una estabilidad laboral a los miembros del sindicato Sintraelecól, y está acreditado en el sumario que el demandante hace parte de la organización, al ordenar que el valor de la indemnización en los contratos terminados de manera unilateral será superior al dispuesto en el artículo 64 CST para los afiliados al sindicato; no lo es menos que el mismo párrafo del literal a, contempla una exclusión a ese beneficio para los trabajadores que hayan sido vinculados con posterioridad al 1 de enero de 2004. Ante ello y de acuerdo a sendos contratos de trabajo aportados por ambas partes, la iniciación del vínculo contractual data del 11 de septiembre de 2017, es decir, que el actor no goza de este beneficio, por ende, la liquidación por concepto de indemnización que le pagó la demandada se encuentra ajustada a derecho y a la convención colectiva que le cobija como miembro del sindicato.

La Corte Constitucional por vía de tutela en sentencia como SU 449-2020 ha señalado que el empleador goza de autorización para terminar una relación laboral sin justa causa cuando se cumpla con el pago de la indemnización, como en el extracto que se cita a continuación:

Las segundas causales de terminación que se agrupan en la característica de ser *voluntarias* o *justificables* suponen, como se deriva de dicha condición, que ellas se someten a la voluntad de los contratantes, siempre sujeta al régimen taxativo de causas concretas contempladas como “*justas*” en la ley. A través de ellas se busca proteger especialmente al trabajador de un **despido injusto**, pues el empleador solo está autorizado para terminar la relación laboral cuando existe una **justa causa** calificada

como tal por el legislador, o cuando, ante la ausencia de una, indemniza adecuadamente al empleado.

95. Las causales voluntarias se pueden agrupar en tres grandes grupos: (i) el **mutuo consenso**, por virtud del cual el empleador y el trabajador manifiestan un acuerdo de voluntades dirigido a finalizar la relación contractual, sin que se exijan formalidades especiales para exteriorizar el acuerdo y sin que se imponga la obligación de tener que asumir un régimen de reparación económica entre ellos^[135]; (ii) la decisión unilateral de una de las partes, invocada tanto por el empleador como por el trabajador, de acuerdo con las **justas causas** previstas en la ley, cuya ocurrencia, en el caso del empleador, sin perjuicio del pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, lo exime de tener que asumir el reconocimiento de algún tipo de reparación económica por finalizar de contrato^[136] y que, por el contrario, en la hipótesis del trabajador, supone el pago de la indemnización que se prevé en el artículo 64 del CST^[137]; y (iii) la posibilidad igualmente de las partes de terminar el contrato de trabajo **sin justa causa**, circunstancia en la cual se prevé para el empleador, la obligación específica de asumir el pago de la misma indemnización dispuesta en el precepto legal antes mencionado^[138]. Ello, como ya se dijo, sin perjuicio de las consecuencias y efectos especiales que se disponen en la ley para los casos de estabilidad laboral reforzada.”

De tales premisas, esta Sala reflexiona que no existe norma legal o convencional que le imponga a la demandada adelantar un trámite previo al despido unilateral sin justa causa, cuando la terminación no obedece a ningún motivo imputable al demandante, ni se funda en una conducta irregular o reprochable del mismo, sino que en el mismo sentido que lo consideró el juez de primera grado, obedece a la facultad prevista en el art. 64 del CST, sin que se encuentre en las instrumentales allegadas, que convencional o contractualmente se encuentre proscrita tal posibilidad.

En este caso, no se demostró que existiera un procedimiento especial previo al despido sin justa causa, ni su prohibición, por lo que no resulta nula ni ineficaz la terminación del vínculo, por lo que de la revisión del grado de consulta concluye la corporación, que no es procedente el reintegro pretendido; máxime que no se acreditó una circunstancia que por expreso mandato legal o convencional amerite el cumplimiento de un debido proceso o unos requisitos para que pueda operar la terminación del vínculo laboral, y mucho menos que haya lugar a adelantar un debido proceso con descargos y abrir un debate probatorio cuando no se aludió al despido con justa causa.

En consecuencia, la sentencia consultada se confirmará en todas sus partes.

Sin lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

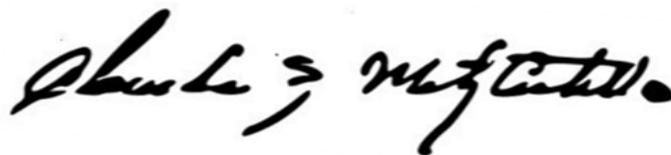
V.DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 24 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Pedro Josías León Garzón en contra de Enel – Codensa SA ESP, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Martha Lucía Eslava Cogollo
DEMANDADA:	Instituto de Padres Asuncionistas
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK	11001-31-05-023-2019-00263-02 038 2019 00779 01

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC en el proceso ordinario promovido por la señora **Martha Lucía Eslava Cogollo** contra el **Instituto de Padres Asuncionistas**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

La señora Martha Lucía Eslava Cogollo pretende que por este medio se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre ella y el Instituto de Padres Asuncionistas entre el 15 de julio de 2000 y el 7 de diciembre de 2018; que terminó sin justa causa mientras desempeñaba el cargo de docente en el colegio Emmanuel Dalzón con una asignación mensual de \$1.786.200 más una bonificación de \$1.890.000; por lo tanto, la demandada debe pagar las acreencias laborales sobre el salario realmente devengado.

En consecuencia, la empleadora debe pagarle los ajustes por concepto de: auxilio de cesantía, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones que corresponden desde el año 2000 hasta el 2018; la indemnización por despido injusto; el ajuste de los aportes a seguridad social; indemnización moratoria del artículo 65 del CST por falta de pago y de forma subsidiaria la indexación; costas y agencias en derecho, extra y ultra petita.

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones dijo que el 15 de julio de 2000 ingresó a laborar en el cargo de docente con el Instituto de Padres Asuncionistas, donde estuvo vinculada como docente del colegio Emmanuel Dalzón mediante varios contratos a término fijo inferior a un año, el último de ellos, por el período escolar del 15 de enero al 7 de diciembre de 2018, percibiendo un salario de \$1.786.200 más una bonificación de \$1.890.000 anual.

Indicó que, como en años anteriores, esperó retornar a sus actividades al iniciar el período escolar en 2019, pero la entidad decidió no continuar y al liquidarle las prestaciones sociales y las vacaciones no consideró el bono prestacional que le pagaba en junio y diciembre como reconocimiento a la labor de directora de curso, que tampoco sirvió de base para pagar los aportes a la seguridad social.

1.3. CONTESTACIÓN INSTITUTO DE PADRES ASUNCIONISTAS

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la modalidad del contrato especial de docente por períodos escolares, el cargo desempeñado, el salario devengado, afirmó que liquidó y pagó las prestaciones a la finalización de cada vinculación y que no se trató de relaciones ininterrumpidas sino discontinuas, mediadas por una separación de más de 2 meses entre una y otra. Admitió el pago del bono en junio y diciembre, pero explicó que se hacía «por mera liberalidad» y así se le canceló; pero, desde 2014, se incluyó como factor salarial y se reflejaba en la liquidación de prestaciones y en el pago de la seguridad social. En cuanto a la terminación del contrato, explicó que no estuvo determinada por la finalización del período escolar, sino por el vencimiento del término contractual, y que, en su caso, el 24 de octubre de 2018 le preavisó,

indicándole que «*no requerirían sus servicios*», por lo que laboró hasta el 30 de noviembre de 2018.

Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones y/o derechos reclamados en juicio, cobro de lo no debido, prescripción sin que implique reconocimiento de derecho alguno, buena fe, contumacia.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 18 de mayo de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda, decisión que sustentó en la presunción de certeza de los hechos de la contestación derivada de la inasistencia de la demandante a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, y las probanzas recaudadas que dan cuenta que la demandante suscribió, desde el año 2000 hasta el del año 2018, varios contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año para ejercer como docente por el año escolar lectivo, en un colegio privado, y que la vinculación terminó por el preaviso enviado antes de 30 días, cumpliendo con lo expuesto en los artículos 46 y 61 del CST, lo que genera una causa legal de terminación, y por ende no permite que prospere la indemnización del artículo 64 del CST.

En cuanto al pago de la bonificación adicional por dirección de grupo asociada a la actividad laboral, constató la afirmación de la demandada en cuanto a la incidencia salarial, y en la revisión de las cotizaciones al sistema de seguridad social, encontró que cuando la actora percibió la bonificación —semestralmente— los valores se consideraron en el IBC, notándose la variación de salario, e igualmente estos valores se computaron para liquidar las prestaciones sociales, pero que no podía tenerse en cuenta mensualmente como salario global sino en cada uno de los períodos de causación.

Verificó las liquidaciones y encontró que la última liquidación asciende a \$1.700.000 y el ingreso base para la liquidación de cesantías o primas a \$1.900.000, de tales documentales concluyó que a la demandante le incluyeron la bonificación como factor salarial y que no era menester tenerla en cuenta en la liquidación de las vacaciones por no estaba en cumpliendo con la dirección de curso durante ese tiempo y no se causaba.

II. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia porque las liquidaciones no evidencian la inclusión de la doceava parte del bono y que los testimonios fueron ambiguos porque manifestaron la existencia de una carta o documento informando las condiciones de los bonos de los docentes que no reposan en el sumario.

III. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado del **Instituto de Padres Asuncionistas** señaló que con las pruebas recaudadas se evidenció la falta de sustento de la demanda y de la apelación, dado que como empleador cumplió con todas y cada una de sus obligaciones laborales y contractuales; que a pesar de existir una justa causa para la terminación del contrato de trabajo producto de la falta disciplinaria en que incurrió la actora, la entidad no la sancionó y, continuó el contrato de trabajo hasta el vencimiento, entregándole por concepto de la última liquidación, la suma de \$4.515.529.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación de la sentencia de conformidad con lo señalado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala analizará si la decisión del juez estuvo acertada al absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda, o si el demandante le asiste el derecho a reliquidar sus prestaciones sociales por no incluir la bonificación por dirección de grupo mientras estuvo vigente la relación contractual con la demandada.

4.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos, (i) la relación laboral que surgió entre la demandante Martha Lucía Eslava Cogollo y la demandada Instituto de Padres Asuncionistas, en su calidad de administrador del Colegio Emmanuel Dalzón para el cual prestó su fuerza laboral a través de contratos de término fijo interiores a un año, en el cargo de docente, de acuerdo a la certificación emitida por la demandada visible a folio 104 archivo demanda carpeta 06, en los siguientes períodos:

	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
CONTRATO 1	JULIO 15 DE 2000	NOVIEMBRE 30 DE 2000
CONTRATO 2	FEBRERO 1 DE 2001	NOVIEMBRE 30 DE 2001
CONTRATO 3	FEBRERO 1 DE 2002	NOVIEMBRE 30 DE 2002
CONTRATO 4	FEBRERO 1 DE 2003	NOVIEMBRE 30 DE 2003
CONTRATO 5	FEBRERO 1 DE 2004	NOVIEMBRE 30 DE 2004
CONTRATO 6	FEBRERO 2 DE 2005	DICIEMBRE 2 DE 2005
CONTRATO 7	FEBRERO 1 DE 2006	NOVIEMBRE 30 DE 2006
CONTRATO 8	FEBRERO 1 DE 2007	NOVIEMBRE 30 DE 2007
CONTRATO 9	ENERO 21 DE 2008	DICIEMBRE 12 DE 2008
CONTRATO 10	ENERO 16 DE 2009	DICIEMBRE 15 DE 2009
CONTRATO 11	ENERO 18 DE 2010	NOVIEMBRE 30 DE 2010
CONTRATO 12	ENERO 17 DE 2011	NOVIEMBRE 30 DE 2011
CONTRATO 13	ENERO 16 DE 2012	NOVIEMBRE 30 DE 2012
CONTRATO 14	ENERO 14 DE 2013	NOVIEMBRE 29 DE 2013
CONTRATO 15	ENERO 14 DE 2014	NOVIEMBRE 28 DE 2014
CONTRATO 16	ENERO 19 DE 2015	DICIEMBRE 11 DE 2015
CONTRATO 17	ENERO 12 DE 2016	DICIEMBRE 7 DE 2016
CONTRATO 18	ENERO 16 DE 2017	DICIEMBRE 7 DE 2017
CONTRATO 19	ENERO 15 DE 2018	DICIEMBRE 7 DE 2018

Que percibió una bonificación para los contratos pactados en los años 2016 (folio 10 *idem*), 2017 (folio 101 - 102 archivo *idem*) y 2018 (folio 99 – 100 archivo *idem*); las liquidaciones pagadas a las finalización de los contratos anuales (folios 8, 9 y 10) archivo *idem*), carta de preaviso de terminación de los contratos de los años 2016, 2017 y 2018 (folios 5, 6 y 7 archivo *idem*), y el certificado de aportes al sistema de protección social Compensar que contiene la planilla de liquidación de aportes para los períodos de pensión comprendidos entre diciembre 2017 y diciembre 2018 (folio 1-4 *ibidem*).

4.4. RELIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES POR NO INCLUIR BONIFICACIÓN.

Acreditada como se encuentra la relación laboral que trenzó a las partes en contienda, el recurso de la demandante se sustentó en que no se le tuvo en cuenta la bonificación pagada como directora de grupo en una doceava parte, como lo indicó al Juez, porque no obra prueba en el sumario donde conste ese pago; en

razón de ello solicita la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

Para resolver el conflicto recordemos que la jurisprudencia tiene adoctrinado en sentencias como la SL12220-2017, que de conformidad con el artículo 127 del CST, constituye salario además de la remuneración ordinaria, todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, esto es, aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal del trabajador, en la labor ejecutada, que origina directamente, la retribución económica, en dinero o en especie. Y, en segundo lugar, de acuerdo al artículo 128 *idem*, que no constituyen salario las sumas que «*ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador...*». En sentencia SL5621-2018, precisó que, para tenerlo en cuenta como factor prestacional debe «*remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado*», y se concluye que todo pago que reciba un trabajador por la actividad subordinada que ejerce constituye salario siempre que no esté dentro de las exclusiones del artículo 128 del CST

El extremo pasivo aceptó que la bonificación «como docente directora de grupo» que percibía la demandante era factor prestacional, y señaló que su reconocimiento no operó desde el primer contrato sino desde 2014, según la respuesta que dio al hecho quinto de la demanda, y aseveró que lo incluyeron como factor salarial en la liquidación de prestaciones y seguridad social.

Ante ello debe advertirse que validada la conducta procesal de la parte demanda, quien al no asistir a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, el juzgado presumió la veracidad de los hechos 1 al 9 de la contestación de la demanda (como se puede escuchar en el audio de la audiencia hora 1:1302 archivo 14), circunstancia que se corrobora en el expediente con las comunicaciones de enero 10 de 2017 y enero 15 de 2018, en ellas se indica el valor de la bonificación y la temporalidad con que sería pagada. (folios 99 a 102 carpeta 01 archivo DEMANDA MARTHA ESLAVA pruebas anexos C01), y para el año 2016, se observa que la liquidación final del contrato incluye el pago de la bonificación por valor \$1.000.000 (folio 10 *idem*).

Es cierto que las consecuencias de la confesión presunta pueden ser desvirtuadas, en otras palabras, admite prueba en contrario, así lo consideró la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL660 de 2019 señaló:

Finalmente, oportuno es recordar que de conformidad con el artículo 201 *ibidem*, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL13572018).

Específicamente, en torno a la confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPTSS, la Corte en la sentencia CSJ SL6849-16 precisó que:

No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes”.

La confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPT es una presunción legal que admite prueba en contrario; por tanto, si, en el sub lite, el ad quem tomó la decisión fundado en otras pruebas como la testimonial, los interrogatorios de parte y las documentales, sin hacer alusión expresa a la confesión ficta en comento, bien se puede entender que le dio más peso a aquellas pruebas para efectos de establecer las premisas fácticas, lo cual es perfectamente legítimo en arreglo al precitado artículo 61 del CPT”.

De esa manera es claro que el juez no se equivocó al sustentar su decisión en las resultas de la confesión presunta, pues la demandante se abstuvo de desvirtuar su contenido, por el contrario, ante la orfandad probatoria de la demandante de los supuestos fácticos en que basó sus pretensiones, fundó su convencimiento en las pruebas que le proporcionaron mayor convicción, conforme lo autoriza el artículo 61 del CPTSSS.

En este escenario, hay mérito para confirmar la decisión de primera instancia, cuando los ataques de la parte recurrente no lograron desvirtuar el pago a la demandante en la liquidación de sus contratos de trabajo en 2016, 2017 y 2018, y en los aportes a seguridad social al riesgo de pensiones.

Se condenará en costas de segunda Instancia a la parte demandante al no haber prosperado el recurso. Las agencias en derecho se fijan a cargo de la demandante y a favor de la demandada Instituto de Padres Asuncionistas SA, en la suma de \$1.160.000.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

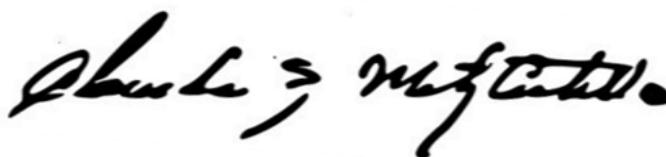
V. RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 18 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARTHA LUCÍA ESLAVA COGOLLO en contra del INSTITUTO DE PADRES ASUNCIONISTAS; conforme con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.160.000.

Notifíquese por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Álvaro Moreno Rodríguez
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-038-2020-00399-01 11001310503820200039901

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), **la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, surtir el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el Proceso Ordinario Laboral adelantado por el señor Álvaro Moreno Rodríguez en contra de Colpensiones y Porvenir SA

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare que el acto jurídico a través del cual se afilió en diciembre de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS, se encuentra viciado en su consentimiento por haber sido inducida a error, tras no ser informada de las consecuencias negativas o positivas que tiene dicho régimen en comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación

Definida en adelante RPMPD; en consecuencia, solicita se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados en su cuenta de ahorro individual, y que a su vez se condene a Colpensiones a recibir estos aportes, y que la registre como un afiliado al RPMPD (pág. 4, arch. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales en el RPM, desde abril de 1984; que en diciembre de 1997 tomó la decisión de trasladarse a Porvenir SA, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la petición que elevó el día 15 de septiembre de 2020 de la reclamación administrativa, la respuesta emitida mediante resolución BZ2020_9203467 del 16 de septiembre de 2020, la fecha en la que solicitó el traslado de régimen es decir para el año 2020, contaba con 59 años de edad; de los demás hechos dijo no constarle porque las circunstancias relatadas son ajenas a esa entidad, y que deberán ser objeto de debate probatorio (págs. 2-4, arch. 09, C01).

Por otro lado, se opuso a las pretensiones del demandado y en su defensa propuso como excepciones las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (págs. 17-19, arch. 09, *ídem*).

Porvenir SA aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la petición que elevó el 15 de septiembre de 2020, la respuesta que emitió el 15 de octubre del mismo año donde indicó la fecha en que se afilió ante esta administradora, y que la misma ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación, aunado a que en ningún momento le ha violentado sus

derechos fundamentales como infundadamente lo afirmó, razones por las cuales no expresó que no resulta jurídicamente procedente declarar inválida o nula la afiliación al RAIS; y, por último en cuanto a la fecha en la que solicitó el traslado de régimen es decir para el año 2020, contaba con 59 años de edad (págs. 1-5, arch. 12, C01).

Por otro lado, se opuso a lo pretendido, por considerar que informó al actor de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses; y con ello formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 5-6 y 19-20, arch. 12, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor ÁLVARO MORENO RODRÍGUEZ con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación del 18 de noviembre de 1997. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES los recursos recaudados por cuenta del demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula (...) Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se paguen con los recursos propios con de la AFP PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que al subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los mismos deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse al mismo.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor del accionante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que no se probó que aquella hubiera suministrado información objetiva al accionante en los términos señalados en el precedente aplicable, tal como las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; destacando que esta obligación existía desde la creación del sistema de Seguridad Social y que dentro de este contexto son las AFP quienes tienen la carga de demostrar que brindaron la información exigida por la Ley (archs. 12 y 13, C02).

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, manifestando que el demandante no demostró la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato de afiliación suscrito al trasladarse al régimen de ahorro individual, destacando además que el deber de información también exige a los afiliados, adquirir de manera autónoma y como consumidores financieros, información acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes especiales ; adujo que con el traslado al régimen de prima media se generaría una descapitalización al sistema pensional y se pondría en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás afiliados a Colpensiones y por tal razón, solicitó revocar la sentencia de primera instancia (archs. 12 y 13, C02).

Porvenir SA, expuso como fundamento del recurso de apelación que el demandante al momento del traslado era una persona capaz y, por tanto, su decisión de trasladarse fue libre, voluntaria e informada. Señaló que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal del traslado del régimen pensional. Afirma que debería estar obligada únicamente a entregar los rendimientos que hubiesen tenido los aportes del demandante de haber sido administrados por el RPM, considerando que la demandada tenía la absoluta convicción de que el demandante se encontraba debidamente vinculado a dicha administradora (archs. 12 y 13, C02).

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación suscrito con Porvenir; por otro lado el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta que dicho traslado reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que correspondían en materia de información atendiendo lo parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento; señaló que el demandante conto con múltiples oportunidades para regresar al RPM ya que al normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, es decir no contaba con ningún limitante para retornar; agregó también que el monto de la mesada pensional no puede ser un factor suficiente para ser considerado como un elemento que vicie la voluntad del demandante.

Por último respecto del pago de la devolución de los gastos de administración, que tienen una destinación específica, la cual fue cumplida, esas sumas ya fueron debidamente invertidas y no hacen parte de esta administradora; en cuanto a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, se tiene que estas fueron trasladadas a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura; por lo dicho resaltó que estas sumas no se deben trasladar al RPMPD dado que, durante el periodo de afiliación del demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS (arch. 05 y 06, C02), finalmente en lo que corresponde a las agencias en derecho, al desestimarse la ineficacia de traslado de régimen pensional y la devolución de dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual, también se desestimara la condena en costas.

La apoderada de **Colpensiones** argumentó que, de acuerdo a la normatividad vigente, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida por la Ley 797 de 2003, además que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede utilizar su propia culpa para beneficiarse; aunado a ello resaltó que para el 23 de octubre de 2015 se firmó el decreto 2071 del Ministerio de Hacienda y Crédito, mediante el cual las AFP debían proporcionar a los afiliados la información completa a efectos de la toma de decisiones, por ello también los afiliados podían dirigirse a cualquiera de las oficinas de Colpensiones y de los fondos privados para buscar toda la información que requieran (arch. 09 y 10, C02).

La apoderada de la parte **demandante** reiteró que, contrario a lo indicado por Porvenir SA la sentencia de primera instancia fue ajustada a derecho, dado que dicha AFP no logro demostrar que la información emitida en el momento del traslado haya sido clara, precisa y suficiente; al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al señalar que la carga de la prueba corresponde a los fondos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Álvaro Moreno Rodríguez al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 31 de julio de 1961 (pág. 27 arch. 01 C01); ii) cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde junio de 1984, hasta noviembre de 1997 (pág. 56 arch. 09, C01); iii) el 18 de noviembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA (págs. 73, arch. 12, C01), mediante formulario con radicado n.º 976069 de la fecha mencionada (pág. 73, arch. 12, *ídem*), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1862 semanas conforme la historia laboral aportada (págs. 31-49 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º

del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

El segundo aspecto a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de modo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

De tal manera que, al haberse indicado por el actor que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba al demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar 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 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, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u

otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Siguiendo las reglas de la prueba, como el afiliado alegó la falta de información, la falta de claridad o la mala entrega de la misma por la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, afirmación respaldada en el artículo 1.604 del Código Civil, que señala: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha usado»*.

De tal manera que el actor, al afirmar que *«no recibió la información»*, por tratarse de una negación indefinida, la releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba al demandado, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Debido a que son éstas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era Porvenir SA quien debía probar en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del

régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto Porvenir SA afirmó al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida de manera suficiente para el caso (arch. 12), y en sus alegatos hizo hincapié en que la demandante tenía conocimiento de ambos regímenes, la Sala no encuentra acertada tal objeción, porque el demandante fue claro en manifestar que lo reunieron en la oficina durante aproximadamente 25 minutos, donde solo se le indicó que el seguro se iba acabar y que si se quería pensionar debía firmar con dicha AFP.

Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado, aseveró que el formulario fue diligenciado por el asesor con la información que le brindó la empresa en su momento.

En consecuencia, no hay prueba de la asesoría de Porvenir SA, entidad que tenía la carga de probar que realmente suministró la información al momento de la vinculación que implicó el traslado de régimen. Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena

convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Así las cosas, en el caso a estudio concluye la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad

87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, a la cual se opuso el apoderado de Porvenir SA, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Según el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“... junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo

anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. CONDENA EN COSTAS A LA PARTE VENCIDA EN JUICIO

Son las costas procesales los gastos económicos sufragados por parte que venció en juicio, y que deben ser declarados por el Juez de conocimiento en la sentencia en contra de la parte vencida.

En el caso examinado, la apoderada de Porvenir SA atacó la condena en costas bajo el supuesto de su actuar de buena fe y de acuerdo a las disposiciones vigentes para la época en que se efectuó el traslado; no obstante, ello debe recordársele a la profesional del derecho que la sentencia accedió a las pretensiones de la demanda.

La norma que consagra la condena en costas se encuentra consagrada en el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, que precisa:

Condena en Costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)"

Por lo que las costas procesales están relacionadas con los gastos necesarios o útiles para el desarrollo de las actuaciones procesales, y que siempre se liquidan en favor de la parte que venció en juicio, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 366 del CGP aplicado por la analogía del art. 145 del *ibidem*.

La CSJ en Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión, ha manifestado al respecto en proveído AL2924-2020

Es pertinente recordar, que las costas son aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto, que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, para este caso, lo es el extremo activo. De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en

tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).

En congruencia con los argumentos antes expuestos, la decisión de la juez al condenar en costas a Porvenir SA es ajustada a derecho, por lo que deviene su confirmación.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se adicionará y confirmará.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

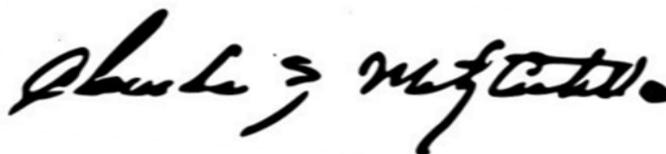
PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 2 de diciembre de 2022 dentro del proceso promovido por Álvaro Moreno Rodríguez contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que **Porvenir SA** deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia debidamente indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos para Porvenir SA y en favor de demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Segunda de Decisión Laboral

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente

Demandante:	Raúl Humberto Barrios Zambrano
Demandada:	EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN
Proceso:	Sumario
Decisión:	Confirma decisión
Radicado:	11-001-22-05-000-2023-00902-01 11001220500020230090201

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá DC**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Marceliano Chávez Ávila** y la ponente **Claudia Angélica Martínez Castillo**, se reunió para resolver el recurso de apelación presentado por la Empresa Promotora de Salud Medimas en liquidación, contra la decisión proferida por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud el 10 de agosto de 2020, al interior del proceso que le sigue el señor Raúl Humberto Barrios Zambrano

Una vez agotado el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala acoge el proyecto de la ponente que se traduce en la siguiente decisión.

I. ANTECEDENTES

El señor Raúl Humberto Barrios Zambrano accionó contra la EPS Medimás en Liquidación, buscando el reconocimiento y/o reembolso de la suma de \$700.000, por concepto de 20 sesiones de terapia física integral, ordenadas por su médico especialista en ortopedia y traumatología con posterioridad al reemplazo de cirugía de cadera que le practicó el 14 de marzo de 2020 y que asumió de manera particular ante la negativa de la accionada para autorizar y prestarle el servicio.

En sustento manifestó que está afiliado a la EPS Medimás en liquidación como pensionado y sujeto de protección constitucional reforzada, que ante el diagnóstico de Coxartrosis Primaria Bilateral, le realizaron cirugía de reemplazo total de cadera el 14

de marzo de 2020, en la Clínica de Urgencias de Bucaramanga SAS, ordenándole el médico especialista en ortopedia y traumatología que le practicó la cirugía 20 sesiones de terapia física integral SOD, bajo el código 931000.

Relató que una vez salió de la hospitalización el 16 de marzo de 2020, procedió a tramitar la autorización de las terapias ante la accionada, quien se las negó; pero se decretó por el Gobierno Nacional el aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional desde el 24 de marzo hasta el 12 de abril, y que fue prorrogado por la pandemia del Covid-19, situación que lo imposibilitó para obtener la autorización.

Dada la urgencia con la que necesitaba la práctica de terapias físicas, y teniendo en cuenta la relevancia para su recuperación y mejorar su calidad de vida, decidió contratar los servicios particulares de una fisioterapeuta, que le realizó la cantidad de terapias ordenadas, por un valor individual de \$35.000 para un total de \$700.000.

Afirmó que el 26 de junio de 2020 elevó nuevamente solicitud de reembolso a la EPS Medimás en liquidación, con las correcciones que le habían requerido radicado n° 42079; que el 21 de julio mediante correo electrónico elevó consulta del estado de su trámite a lo que le respondieron que estaba en proceso de auditoría, y finalmente el 27 de julio de 2020 le resolvieron desfavorablemente la solicitud por el motivo «*No anexa autorización de los servicios cobrados. No se evidencia negación de servicios por parte de la EPS por tal razón no es procedente el reembolso según Resolución 5261 de 1994*»

Por auto del 10 de agosto de 2020, la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, admitió la demanda, surtió el traslado y requirió a Medimás EPS en liquidación, para que aportara «*Copia de la autorización de las 20 sesiones de terapia física integral, ordenadas al señor Raúl Humberto Barrios Zambrano, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.357.299 de Bogotá, con ocasión del procedimiento quirúrgico de remplazo de cadera, practicado en marzo de 2020*» (carpeta 02 C01).

La accionada EPS Medimás en liquidación al responder la demanda, negó que el actor hubiese radicado la autorización ante esa entidad, lo que evitó la autorización respectiva, y anexó el cuadro con las autorizaciones que le han otorgado para darle continuidad al trámite con los medicamentos ordenados y las consultas de control:

Tipo de documento: ¹		Número de documento: ¹		VER AUTORIZACIÓN			
Cédula Ciudadanía		19357299					
Resultado búsqueda de autorizaciones							
No Autorización	Nombre Usuario	Tip y Num Doc	IPS Que Solicita	Fecha y Hora Digitación	Estado	Procedimiento(s)	
215199838	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	Clinica de Urgencias de Bucaramanga Sas	20200317 11:12:54 a. m.	APROBADA	19928485-7. AMITRIPTILINA CLORHIDR... (TAB) (TABLETA)	
215500222	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	Clinica de Urgencias de Bucaramanga Sas	20200317 11:22:47 a. m.	ANULADA	1890280 ORTOPEdia CONSULTA...	
215500381	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	Clinica de Urgencias de Bucaramanga Sas	20200317 11:26:37 a. m.	APROBADA	1890280 ORTOPEdia CONSULTA...	
215500321	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	Clinica de Urgencias de Bucaramanga Sas	20200317 1:16:38 p. m.	ANULADA	1511302 INTERNACION EN SERVICIO DE ALTA. HABITACION DIFERENCIAL...	
215832076	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	CLINICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA S.A.S	20200504 10:03:24 p. m.	ANULADA	119935003-4. ACETAMINOFEN TAB. x500 (TABLETA)	
215832076	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	CLINICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA S.A.S	20200504 10:03:24 p. m.	APROBADA	119928485-7. AMITRIPTILINA CLORHIDR... (TAB) (TABLETA)	
216527832	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	CLINICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA S.A.S	20200709 10:08:43 a. m.	ANULADA	1903803 ALBUMINA...	
216527832	RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO	Cedula Ciudadania 19357299	CLINICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA S.A.S	20200709 10:08:43 a. m.	APROBADA	1890380 CONSULTA DE CONTROL O DE POR ESPECIALISTA EN ORTOPEdia Y T...	

Señaló que la autorización del servicio no especifica el contenido de la terapia, y que los documentos de soporte que adjuntó no cumplen los requisitos de factura o cuenta de cobro porque no se puede identificar el valor de los mismos, como lo dispone el artículo 1.6.1.4.40 del decreto 1625 de 2016.

Con respecto a la devolución de la solicitud al actor, expresó que ello obedeció a la falta de información en los formatos, y a pesar de las correcciones parciales que efectuó, se la devolvieron en segunda oportunidad por falta de documentación e información importante; y que el motivo para la negativa del reembolso atañe a que el demandante no radicó orden de autorización de las terapias físicas reclamadas.

Posteriormente la EPS Medimás en liquidación, allegó memorial ampliando su contestación en atención al requerido de la gestión realizada para proveer servicio de terapia física integral, informando que en la actualidad el usuario está retirado de Medimás EPS, y activo desde el 1 de diciembre de 2020 en Nueva EPS; que mientras duró el tiempo de su afiliación a dicho ente le garantizaron y autorizaron la prestación de servicios de terapia física integral, consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología consulta ortopedia, reemplazo protésico total primario de cadera. Y allega las autorizaciones de servicio entre las cuales se encuentra la de terapia física, con número interno 214053314, servicio 931001 terapia física integral SOD, cantidad 10 con fecha de aprobación **-9 enero 2020-** (carpeta 06 archivo 1), y que se inserta a continuación:

TERAPIA FÍSICA

 Entrega 1 De 1		Copia Número interno: 214053314					
DATOS DE USUARIO							
Nombre: RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO		Nivel IBC: 0 Departamento: Santander					
Documento: Cedula Ciudadania - 19357299		Dx Principal: M160 Municipio: Floridablanca					
Fch nacimiento: 1958-05-25		Dirección: CARRERA 8 10-48 APARTAMENTO 1505					
Edad: 63 años		Sexo: Masculino					
Tipo afiliado: Cotizante		Email: raulbarrios89@gmail.com					
Teléfono: 3232454287							
DATOS DE IPS							
IPS Primaria: RED INTEGRADA SALUD COLOMBIA IPS S.A.S (REDINSALUD IPS S.A.S)		Plan: Contributivo					
IPS solicita: CENTRO CLINICO DE CIRUGIA AMBULATORIA Y MANEJO POST QUIRURGICO		Entidad rectora: No Aplica					
Régimen: Contributivo		Origen: N/A					
RESUMEN DE AUTORIZACIÓN							
CUMICUP	Cod Interno	Servicio	Cantidad	Bilateral	Causa Externa	Fch Aprobación	No. Autorización
931001	1964	931001.TERAPIA FISICA INTEGRAL SOD	10	NO	Enfermedad general	09/01/2020 10:18:15	431205320
INSTITUCIÓN REMITIDA						Observaciones: SE REMITE A 3 O 4 NIVEL PARA REEMPLAZO DE CADERA DERECHA // -	
Nombre IPS: Audiomedica S.A.S.		Municipio: Bucaramanga					
NIT: 900007922		Teléfono: 8929835					
Codigo Sede: 680010262501		Dirección: DIR: CALLE 56 No. 32 - 18 cabecera					
Departamento: SANTANDER							
TIPO DE PAGO				IMPORTANTE: Autorización válida solamente dentro de los 90 días siguientes a la expedición. Recuerda actualizar tus datos en nuestra página web, app o en nuestras oficinas de atención al afiliado.			
COPAGO: 0,0		VLR. MODERADORA: 0,0					
Capitación IPS:							

También se recibió informe de la Clínica de Urgencias de Bucaramanga, a través del cual aportó los registros de la historia clínica del paciente, orden médica de la cantidad de sesiones de terapias físicas y los segmentos corporales donde debía realizarse que, corresponden a la estancia del 14 al 16 de marzo de 2020. Señaló que para la fecha de atención médica del señor Raúl Zambrano, la EPS Medimás estaba en liquidación y el portal de radicación de solicitudes permanecía sin servicio, como se puede evidenciar en el archivo adjunto en extensión PDF denominado -solicitud de servicios paciente Raúl Barrios-; sin embargo, los trámites de registro de órdenes médicas y demás connotaciones para el acceso a los servicios de salud se notificaron a la dirección de correo electrónico autorizacionesenlinea@medimas.com.co (carpeta 7 archivo 1 RTA AUTO A2021-003724 NURC 1-2020-0960).

Agotado el trámite procesal, profirió sentencia condenatoria el 2 de febrero de 2023, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda; con fundamento en las pruebas al tener demostrados los gastos que asumió el actor de manera particular de las 20 terapias físicas practicadas por la fisioterapeuta Alejandra Pinedo por valor de \$700.000. En razón de ello consideró que la EPS Medimás en liquidación, incumplió su deber de autorizar y garantizar la realización de las 20 sesiones de terapia física integral ordenadas al quejoso el 16 de marzo de 2020 por el doctor Jhon Fredy Fonseca Caro, ortopedista de la Clínica de Urgencias Bucaramanga, en virtud de los principios de oportunidad, integralidad, accesibilidad, eficiencia y eficacia, y quien asume el riesgo transferido por el usuario al momento de la afiliación; lo que llevó a que el señor Raúl Humberto Barrios Zambrano asumiera de manera particular la realización y costo de éstas (carpeta 9 sentencia).

Decisión que fue impugnada por EPS MEDIMAS EN LIQUIDACIÓN, concediendo el recurso de alzada.

Inconforme con lo decidido, la querellada presentó recurso de apelación, una vez concedido ante esta corporación procede a resolverlo (Carpeta 11 C01).

II.RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La recurrente refutó la decisión en la siguiente forma:

De acuerdo a la auditoría interna, lo que imposibilitó la emisión de la autorización reclamada por el actor, fue que no contaban en su sistema de información con registro de radicación de solicitud de autorización para el servicio médico requerido a través de los canales virtuales o de manera presencial, que tenían y que implementaron durante la pandemia por COVID - 19, y no era su deber coaccionarlos para cumplir sus obligaciones.

Con relación al reembolso, evidenció que la solicitud sí se radicó ante esa entidad, pero que la misma no atendió a los ajustes que le indicaron de acuerdo a las disposiciones normativas que regulan la materia, siendo éste el motivo por el cual como resultado de la auditoría le negaron la solicitud.

Que la omisión del actor de gestionar la generación de la autorización con la radicación oportuna no da lugar a que se ordene el reembolso, sumado a que de las documentales allegadas por el actor, éstos no cumplen con los requisitos de la factura de venta, porque no tiene numeración consecutiva, ni descripción específica de los servicios prestados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.1. ALEGATOS

Surtido el traslado, no fue descorrido por las partes.

CONSIDERACIONES.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Siguiendo los argumentos expuestos en el recurso, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente al punto de censura enrostrado por la apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la Ley 712 de 2001, la Sala se ocupará de establecer si la primera instancia acertó o no al emitir condena en contra la entidad promotora de servicios médicos demandada, ordenándole el reembolso de los conceptos reclamados por la parte actora.

4.2. PRESUPUESTOS PARA LA VIABILIDAD DEL RECURSO.

Tenemos que hay legitimación en la parte que recurre porque con la decisión atacada hay mengua en sus intereses, el recurso es tempestivo, está cumplida la carga procesal de la sustentación y la providencia es susceptible de apelación.

4.3. PREMISAS NORMATIVAS.

El carácter polivalente del derecho a la salud concedido por nuestra Carta Política Constitución Política, al consagrarlo en los artículos 48 y 49 como un servicio público a cargo del Estado, y como una garantía de los ciudadanos para el acceso a los

servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, como se condensó en la sentencia C-791-11, que se pronunció sobre la demanda de constitucionalidad incoada contra la Ley 1438 de 2011 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con la intención de generar condiciones más proteccionistas de este derecho, y que se centró brindar un mayor bienestar del usuario, y que la prestación del servicio se diera bajo los principios de oportunidad, calidad y eficiencia.

Derecho que fue posteriormente regulado por la Ley estatutaria 1751 de 2015, que en su artículo 6 señaló los elementos y principios que lo rigen.

En lo referente al reconocimiento de reembolsos a cargo de las EPS la resolución 5261 de 1994, en su artículo 14 estableció los parámetros para tramitar dicha solicitud, ante la institución a la que esté afiliado el usuario, quien deberá reconocer los gastos que haya sufragado de su propio pecunio, entre otras, en los siguientes casos: *«...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.»*, determinando el plazo en que debe elevarse la solicitud -15 días siguientes a la alta del paciente-, el término en que debe ser pagada por la EPS -30 días siguientes a su presentación-, y como anexos que se deben allegar con la misma los siguientes *«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»*.

4.4. DEL CASO CONCRETO.

Definidas las premisas normativas a aplicar, entra la Sala a dilucidar los aspectos relevantes, conforme al recurso presentado.

La censura sostuvo que no le compete el reconocimiento de la prestación o pagos solicitados, atendiendo a que Raúl Humberto Barrios Zambrano no gestionó de manera oportuna la autorización de las terapias físicas que le ordenó el médico especialista en ortopedia y traumatología tratante, y que los documentos con los cuáles soportó probatoriamente el reembolso no se ajustan a las normas tributarias.

A juicio de esta Corporación, la primera instancia acertó al determinar que la EPS Medimás en liquidación, debe responder por los gastos que asumió el demandante de su propio pecunio, para la realización de las terapias físicas integrales de recuperación, que le fueron ordenadas de manera externa con posterioridad a la cirugía de reemplazo total de cadera practicada el 14 de marzo de 2020.

En primer lugar, por cuanto está acreditado en el sumario con las documentales allegadas por la Clínica de Urgencias de Bucaramanga, como el informe quirúrgico del 14/03/2020 donde consta la cirugía practicada al actor de coxartrosis primaria bilateral, la orden externa de **terapia física integral sod** (198)(295) de fecha 16/03/2023, sustentada con la evolución diaria de hospitalización que indica en el ítem de órdenes **terapia física integral sod (hospitalizado) ama de cadera y marcha** y la respectiva epicrisis (carpeta 7 C01Principal), y que todo ello fue remitido al correo electrónico de la EPS Medimás en liquidación autorizacionesenlinea@medimas.com.co porque el portal de radicación de solicitudes de la entidad estaba sin servicio, y para ello allega las impresiones del correo enviado y que se adjunta a este proveído en la siguiente captura de pantalla:

De: "Autorizaciones" <autorizacionesurg@cub.com.co>
Para: "ayudasdiagnosticasantander" <ayudasdiagnosticasantander@medimas.com.co>, "autorizacionesenlinea" <autorizacionesenlinea@medimas.com.co>, "ermaldonadom" <ermaldonadom@medimas.com.co>, "hpparedesc" <hpparedesc@medimas.com.co>, "autorizacioneshospitalarias" <autorizacioneshospitalarias@medimas.com.co>
CC: "Hector Melendez CUB" <autorizaciones4@cub.com.co>, "Lisset Melisa Bayter CUB" <jefecuentas@cub.com.co>, "Recepcion CUB" <recepcion@cub.com.co>
Enviados: Domingo, 15 de Marzo 2020 3:45:35
Asunto: ANEXO 3 - RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO CC 19357299

Buen dia

Adjunto historia clínica, anexo 3 e HC:

RAUL HUMBERTO BARRIOS ZAMBRANO

CC 19357299

Favor generar autorización de ESTANCIA EN PISO (S11302)

-

NOTA: SE SOLICITA AUTORIZACION PARA ESTANCIA EN PISO (S11302) , SE ENVIA HISTORIA CLINICA DONDE SE EVIDENCIA LO SOLICITADO , SE HACE POR ESTE MEDIO YA QUE PAGINA NO PERMITE EL CARGUE ,SE ANEXA PANTALLAZO

Elementos probatorios que a contrario *sensu* de lo afirmado por la EPS demandada, demuestran la negligencia en la autorización de todos los servicios prescritos al demandante, porque si bien allegaron la aprobación de la cirugía y medicamentos, no reposa en el expediente la autorización de las terapias de las cuales se reclama su reembolso en este caso.

En adición, en el expediente reposa la orden de cobro emitida por la profesional en salud -fisioterapeuta- Alejandra Pinea Villamizar, quien le practicó las 20 terapias físicas al actor, estimó el valor de cada terapia y con fecha junio 4 de 2020 emitió el informe del tratamiento llevado a cabo con su evaluación final (folios 15 a 18 carpeta 01 demanda C01Principal).

A juicio de esta Sala no solo está acreditada la orden del servicio de salud -terapias físicas de rehabilitación- que tuvo que asumir el actor, sino la negligencia de la EPS Medimás en liquidación, de brindar una atención bajo los principios de continuidad, oportunidad y eficiencia, que rigen la prestación del servicio, y los cuales van encaminados a salvaguardar derechos fundamentales no solo a la salud sino a la vida

en condiciones dignas, máxime que no puede perderse de presente que se trata de un sujeto de especial protección dado su status de pensionado. Sin que deba pronunciarse sobre que Raúl Humberto Barrios Zambrano, ahora está vinculado a Nueva EPS, porque no hay duda, de que para la fecha de los hechos y de la orden y práctica de los servicios de salud requeridos, tenía afiliación vigente con la EPS demandada.

Conforme con las razones hasta aquí expuestas, esta Sala confirmará la decisión de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales.

En cuanto a la imposición de condena en costas, se hará conforme lo dispone el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por integración analógica, a la parte que resultó vencida al resolverse desfavorablemente el recurso de apelación y en favor del demandante.

Para la fijación de las agencias en derecho se atenderán las reglas del artículo 366-4 ya invocadas y en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, señalando la suma equivalente al 5% de la cuantía, determinada por la sumatoria del valor del auxilio de incapacidad más los intereses los cuales se liquidarán en la oportunidad correspondiente.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud el 2 de febrero de 2023, dentro del proceso promovido por Raúl Humberto Barrios Zambrano contra EPS Medimás en liquidación, según las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a EPS Medimás en liquidación y fijar como agencias en derecho la suma equivalente al 5% de la cuantía, determinada por la sumatoria del valor de las 20 terapias físicas practicadas al actor, los cuales se liquidarán en la oportunidad correspondiente.

TERCERO: Comunicar a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

CUARTO: Devolver el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, y ejecutoriada esta providencia.

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DEMANDANTE:	Carlos Alberto Cardona Garrido
DEMANDADA:	Junta Nacional de Calificación de Invalidez
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISION:	Confirma
Radicado	11001-31-05-017-2016-00629-01 <u>017 2016 00629 01</u>

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación de la parte demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor Carlos Alberto Cardona Garrido en contra de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

El señor Carlos Alberto Cardona Garrido presentó demanda en contra de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, buscando se declare que el accidente sufrido por el actor el día 6 de febrero de 1991 fue de origen laboral y no común.

1.2 HECHOS.

Fundamentó sus pretensiones en que, el 6 de febrero de 1991 laboraba en la empresa Embraguesa Ltda. y sufrió un accidente mientras laboraba que consistió en que se enredó en un zuncho que estaba el piso y esto le produjo una torcedura de tobillo y por el cual fue atendido por el Seguro Social, como consecuencia de esto solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez la calificación de la pérdida de Capacidad Laboral y esta entidad emitió dictamen el 13 de junio de 2004 (sic), estableciendo una PCL del 35.12% de origen laboral, con fecha de estructuración 22-02-2012; por estar inconforme con lo decidido, el accionante y el presunto empleador impugnan y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al resolver el recurso mantuvo el quien calificó el accidente como de origen común y no laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DEMANDADA.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez admitió los hechos relativos al accidente el 6 de febrero de 1991; que la Junta Regional calificó de origen laboral, pero al recurrir la decisión, la Junta Nacional la evaluó según las condiciones reales del paciente dictaminó la PCL y el origen de la patología como comunes. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, buena fe y la genérica.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de mayo de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor e improcedencia de las pretensiones, propuestas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, según las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante CARLOS ALBERTO CARDONA GARRIDO identificado con la CC. 16.367.323, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

(...)

Como argumento de su decisión absolutoria frente a lo pretendido por la parte

demandante, el *a quo* manifestó:

El dictamen objeto de ataque obra a folios 21 a 24 del mismo se puede establecer, o mejor el dictamen inicial rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, expedido el 30 de mayo 2014, en el cual se le determina el demandante una pérdida de capacidad laboral del 35.12% se describen las patologías descritas. Y se indica que la fecha de estructuración es el 22 de febrero de 2012, accidente laboral, folios 21 a 24.

En segundo lugar, obrando a folios 23 a 30, tenemos el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que se identifica con el número 16367323 del 23 de octubre de 2014. De este dictamen se resalta entonces que la Junta nacional definió o determinó mantener al demandante la pérdida de calificación laboral. Inicialmente he determinada 35.12%, pero varió la calificación de origen de las patologías, indicando que estas corresponden a un origen común. Mantuvo la fecha de estructuración del Estado de invalidez, ubicándolo en el 22 de febrero de 2012, folios 23 a 30.

Y tenemos el dictamen emitido por la Departamento de Medicina Laboral de la Universidad Nacional de Colombia, firmado por el doctor Santiago Buendía Sánchez, Médico especialista de Salud ocupacional, adscrito o médico que pertenece a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional. Este dictamen se puede revisar a folio 114 a 127. De este dictamen entonces voy a resaltar que le estableció el demandante una pérdida de capacidad laboral del 28.15%, definió la fecha de estructuración de la invalidez o de la pérdida de capacidad laboral el 6 de febrero de 1991 y señaló que el origen de las patologías era origen laboral.

Este dictamen debemos recordar fue decretado por el juzgado para efecto de poder establecer y determinar los fundamentos técnicos científicos y poderlo cotejar con el dictamen emitido a su vez por la Junta nacional de calificación de invalidez el 23 de octubre de 2014.

De lo anterior, entonces, se advierte que, acometiendo la valoración de los dictámenes emitidos, el despacho entonces resalta del dictamen rendido por el Departamento de Medicina Laboral de la Universidad Nacional de Colombia, lo siguiente:

En el dictamen, lo primero que tiene que advertirse es qué varía completamente la calificación, pues finalmente define como fecha de estructuración el 6 de febrero de 1991 y determina una pérdida de capacidad laboral del 28.15%, señalando que el origen de las patologías es laboral.

Al remitirnos a las consideraciones que sirven de sustento a las conclusiones dijo el profesional médico encargado del dictamen lo siguiente: “con la escasa información suministrada para el análisis del caso y que, al parecer, por la controversia en el origen, deja ausente una valoración integral de rehabilitación por principio de favorabilidad para el señor Cardona, de acuerdo con lo estipulado en la normativa, es posible contemplar el origen laboral de las secuelas, toda vez que no es su responsabilidad el extravío de la documentación que permita definir su situación, máxime cuando se pueden ver afectadas áreas ocupacionales, principalmente las relacionadas con la movilidad del desempeño en actividades de la vida diaria y del hogar, así como la alteración en los roles que limitan su participación en diversas actividades”.

Así entonces de entrada se advierte que las conclusiones plasmadas por el perito designado que practicó el dictamen en nombre de la Junta de la Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Medicina Laboral y en relación con las conclusiones plasmadas, pues debe advertirse de entrada que el mismo médico en la ponencia que rinde advierte que no le fue suministrada la información respecto a la historia clínica y demás exámenes que se requerían y demás documentales necesarias, para poder determinar a ciencia cierta la pérdida de la capacidad laboral de las patologías y su origen. Siendo claro que las conclusiones a las que arribó lo fueron en aplicación de un principio de favorabilidad a favor del demandante y no se demuestra que hubiesen estado basadas en un estudio real de las condiciones y patologías del actor. Luego, entonces estas consideraciones necesariamente conllevan a concluir que el dictamen emitido por la Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Medicina Laboral, no puede ser acogido por este sentenciador, pues no se ajusta a la situación real de salud del demandante, como tampoco a la realidad de los hechos. Cotejado entonces este dictamen no es posible por no reunir los fundamentos técnicos y científicos, darle preferencia para efectos de definir la controversia al dictamen emitido por el perito designado por el juez en la audiencia pasada y que se quería contraponer al emitido por la Junta nacional de calificación de invalidez. Y no puede dejar de mencionarse que al remitirnos además a las consideraciones generales plasmadas en el dictamen, el médico doctor, Santiago Buendía Sánchez consignó apreciaciones de índole personal y subjetivas relacionadas con el manejo de la del sistema de Seguridad Social, donde finalmente

asumiendo una postura alejada de cualquier criterio científico, concluye que debe darse prelación a los intereses del trabajador o de la persona objeto de la valoración, pues las entidades de Seguridad Social siempre afectan los derechos y vulneran los derechos de los afiliados, tal y como lo dejó señalado el profesional médico en sus conclusiones. Por esa razón, este dictamen no puede ser acogido por este sentenciador. Y como consecuencia de ello y al no contar con otra prueba idónea para cotejar las conclusiones emitidas por la Junta nacional de calificación de invalidez, no es posible variar la calificación respecto del origen de las patologías que afectaron al trabajador, por lo que deberá mantenerse incólume el dictamen objeto de impugnación judicial por parte del demandante.

Para concluir el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, aparece debidamente fundamentado en un estudio serio y completo de la salud del demandante. Por lo que no se advierten elementos de juicio que permitan concluir que dicho dictamen debe ser desestimado para atender las objeciones y reparos que formula a través de esta vía judicial el demandante, en síntesis, se declarará la validez de ese dictamen y se mantendrá entonces las decisiones allí adoptadas, lo que conlleva a absolver de las pretensiones incoadas por el demandante a la Junta nacional de calificación de invalidez.

1.4 RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante interpuso recurso, solicita que se revoque la decisión de primera instancia, y, en consecuencia, se despachen favorablemente sus pretensiones. Como fundamento de su solicitud, indicó que:

en el sentido de que el objeto de la apelación, tal como se manifestó dentro alegatos y la misma demanda, pues obedeció a que hubo un cambio de origen de la enfermedad de origen común, origen laboral, la decisión que adoptó en la apelación la Junta Nacional de Calificación, justo en ese sentido, pues de que consideró que la enfermedad pues era de origen común, la decisión tomada por la Junta Regional de Calificación, adoptada en su momento pues obedece y esta que esto va a llenar una accidente de trabajo.

Tal como lo expresa en el dictamen del Seguro Social de fecha de 1991 y en el cual con el número patronal donde manifiesta, pues que fue un accidente de trabajo que se enredó en un zuncho que se encontraba en el piso y se torció el pie derecho. Manifestó, pues que hubo un parte de cuidado, pero naturalmente que el origen de la enfermedad o ese tema sí pueden originado en ese accidente de trabajo del cual reposan en el expediente el informe de Seguro Social y por el cual pues la Junta regional de calificación, pues optó por hacer su calificación con una pérdida de capacidad laboral de 35.12% y originando una enfermedad de origen laboral. En la apelación que en ningún momento fue objeto, el origen nunca fue objeto el origen, sino el porcentaje, pues la Junta Nacional de Calificación tomando decisiones, pues que son varias conforme a la ley. Pero contrarias al objeto de la apelación es que ningún momento se pidió que se cambiara el origen o que se estuviera el origen de la enfermedad, lo que se pidió como apelante fue que se tuviera en cuenta que de pronto, por las situaciones médicas psicológicas, el porcentaje de pérdida de capacidad era superior al 35.12%, pero nunca se puso en discusión en el objeto de apelación el cambio del origen de la enfermedad. Lo mismo la apelación que se hizo por parte de incluir en la responsabilidad a la empresa Bragas, pues es una situación que tampoco originaba ni manifestaba nada concerniente con la pérdida de capacidad laboral, ni con el origen.

(...)

a pesar de que el despacho desestima el dictamen pericial que nos ocupa y que fue elaborado por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, donde además, después de tanto tiempo de estar en el trámite y los costos originados por el mismo, les estima la misma, pues a pesar de que hace parte que manifiesta el profesional de Medicina que tiene en cuenta el principio de favorabilidad, pues el último acto que también tiene en cuenta es que sí fue una enfermedad originada en un tema laboral y es más, él coloca como fecha de estructuración en el año 1991, como la fecha del accidente. Entonces no podemos decir que, a pesar de las decisiones tomadas por la Junta Nacional de Calificación, el origen de la enfermedad puede variar de común a laboral sin un sentido, pues técnico válido.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el termino de traslado, las partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuesto por la parte actora, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si se debe cambiar el origen del accidente padecido por el señor Cardona Garrido, frente a la decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y, si es así, establecerá sus consecuencias.

3.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no hay duda que el demandante tuvo un percance el día 6 de febrero de 1991, como se observa en el informe No 02013801707 (folio 2 Expediente Físico), y que fue calificado en primera oportunidad por la NUEVA EPS, el 2 de febrero de 2012, como se extrae del dictamen dictado por la Junta Nacional (folio 25 a 29 Expediente Físico); luego, fue evaluado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, como se infiere de la documental aportada como prueba (folio 21 a 23 Expediente Físico); y posteriormente fue examinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, documental que también fue aportada como prueba (folio 25 a 29 Expediente Físico).

3.4. DE LA NULIDAD DEL DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.

Con su demanda el actor persigue que se declare que la pérdida de su capacidad laboral

se desprende del accidente de trabajo sufrido en 1991 y que no es de origen común como lo decidió la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

A partir de lo anterior, lo primero es recordar que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, establece que *«El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación»*, advirtiendo que dicho manual debe ser expedido por el Gobierno Nacional y este contempla *«los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral»*.

El proceso de calificación debe darse en dos etapas: El primero de ellos, corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Laborales- ARL-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de *invalidez* y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, quienes deben determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de *invalidez* y el origen de estas contingencias.

En caso de que el calificado se oponga al resultado de la primera calificación, puede interponer los recursos pertinentes dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez*, *decisión que puede apelarse* ante la Junta Nacional de Calificación de *Invalidez*, *la misma norma reitera que en contra de esas decisiones proceden las acciones legales*.

Frente a lo pretendido, la accionada se opuso a lo pedido en el libelo presentando como excepción de mérito de legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la de inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen. Expone la Junta al momento de contestar la demanda que *«la revisión que en segunda instancia efectúa la Junta Nacional no constituye una valoración de la totalidad del caso»*, y añade que, esta evaluación *«está previsto como un mecanismo de control*

legal para verificar la legitimidad, legalidad y adecuación técnica de la actuación adelantada por la Junta Regional en cuanto a los aspectos de su dictamen que fueron apelados».

Sobre el punto objeto de debate, es preciso recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2349-2021, que, al resolver el caso de una ex trabajadora del Metro de Medellín, definió las razones por las cuales un operador judicial puede apelar al libre convencimiento de las pruebas y a las reglas de la sana crítica, para tener en cuenta un dictamen y desestimar los otros que se contrapongan a este. Así lo indicó:

Así las cosas, las partes pueden discutir el contenido de los dictámenes que emiten las juntas de calificación de invalidez ante la jurisdicción ordinaria laboral; incluso, en el curso del proceso, el juez puede como en este caso, ordenar una nueva valoración para decidir conforme a la sana crítica, en relación con la pretensión que se reclama. Y en ese contexto, tal dictamen no tiene que ser necesariamente emitido por la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez, sino que puede serlo por otro ente especializado en el asunto objeto de valoración.

(...)

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

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

Aunque la Corte ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019, CSJ SL3380-2019, CSJ SL 3992-2019 y CSJ SL5601-2019).

En esa medida, el juez no puede simplemente ignorar las circunstancias que rodean el caso, la conducta procesal y los demás elementos probatorios adosados, pues todos, en conjunto, permiten determinar el momento en el que se produce, de manera definitiva, la disminución de la capacidad laboral de la persona.

Ahora, destaca esa Corporación en aquella decisión, que, para la determinación sobre la pérdida de capacidad laboral, el juez cuenta con distintas variables probatorias para llegar a su libre convencimiento, procurando la certeza judicial. Así lo señaló

Pues bien, para la Sala tal argumento no es de recibo, precisamente por lo ya señalado. Se reitera que es precisamente el juez del trabajo el que tiene el poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez y todas sus variables asociadas, esto es, el origen de la enfermedad o accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. En la sentencia CSJ SL3992-2019, la Corporación indicó:

Para esos fines, el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la

verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

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

Así, la Corte ha entendido que el estado de invalidez de un trabajador se puede establecer mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, pero no significa que los dictámenes sean intocables, únicos y que solo puedan desvirtuarse con otros que expidan las entidades previstas en el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, como lo sugiere la sentencia que citó la recurrente como apoyo de su criterio.

Al respecto, basta con reiterar que la Corte ha adoctrinado que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, con sus modificaciones, la más reciente de ellas contenida en el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, en el inciso segundo señala que entidades pueden hacer la calificación inicial o en una primera oportunidad de la pérdida de capacidad laboral. Pero en modo alguno dichos dictámenes tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada, más cuando la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la norma en mención en sentencia C- 120-2020 señaló que la finalidad se encaminaba a crear un trámite previo a dos procedimientos eventuales, uno administrativo y otro judicial.

De las pruebas recaudadas, nos referiremos primero al dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, del análisis y conclusión del mismo se extrae lo siguiente:

En la historia clínica hay descripción del accidente laboral del 06-01-1991: “se enredó en un zuncho que se encontraba en el piso y se torció (sic) el pie derecho”.

No se registra evidencia en HC de antecedentes ni de valoraciones recientes a la caída, el paciente manifiesta que fue atendido en el ISS y que la entidad no le ha aportado documentación por manifestar pérdida de los mismos. En todos los controles posteriores en el 2012 y 2013 se registra el antecedente de trauma laboral en 1991 y el pie cavo como secuela. En TAC de 25-10-2012, se hace referencia a pie cavo y varo del retropié y los consecuentes cambios.

Teniendo en cuenta que no hay elementos contrarios a la relación del accidente laboral y el pie cavo, la JCIR Boyacá califica al pie cavo como secuela de accidente laboral.

Por otro lado, ante la impugnación presentada tanto por el trabajador, como por su empleadora, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al rendir su dictamen, expone las siguientes razones para modificar el origen de las patologías del accionante:

Revisados los antecedentes obrantes al expediente, la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, así como la controversia presentada por el paciente y el Empleador, se encuentra que el presente caso se trata de paciente con Anquilosis Articular, Otras Artrosis Especificadas. Ulcera del Miembro Inferior- No Clasificada en Otra Parte. Amputación Traumática del Pie a Nivel del Tobillo. Fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, con PCL: 35.12%, Origen: Accidente de Trabajo. FE: 22-02-2012. Apela paciente y Empleador por desacuerdo con el porcentaje asignado.

En relación con el origen, se trata de paciente de 46 años de edad, de ocupación oficios varios,

quien laborando para EMBRAGUESA LTDA presenta reporte de accidente de trabajo de ocurrencia el 8 de febrero de 1991 con mecanismo de lesión descrito en los siguientes términos: **“Se enredó en un zuncho que se encontraba en el piso y se torció el pie derecho”, mecanismo de lesión de baja energía, que no explica los hallazgos tomográficos del 25 de octubre de 2012, en el que se describen un varo de retropié sumado a pie cavo con aumento en ángulo plantar inferior, con retracción de falanges proximales de 1 a 5 dedos y disminución de espacios articulares tibio astragalinos y peronero astragalino”**.

Se encuentra declaración de la empresa LA CASA DEL EMBRAGUE CIA LTDA, donde el señor Cardona se desempeñó entre el año 1991, sin especificar mes de ingreso y el 2001 y entre el año 2011 y 2013, en la que se hace referencia a malformación ya presente en el pie derecho desde el año 1991.

No encontrando relación fisiopatología entre mecanismo de lesión de baja energía en accidente de trabajo de febrero de 1991 y hallazgos imagenológicos de tan severo compromiso en el año 2012, consideramos se trata de patología de origen común.

Sobre ese punto de discusión, vale la pena advertir, que la actora discute la facultad de la cual hizo uso la Junta para modificar el origen de la enfermedad; si bien es cierto, esa parte se opone claramente a lo resuelto, considera esta Sala que conforme a lo estipulado en el artículo 40 del Decreto 1352 de 2013, si se encontraba facultada para ello, máxime cuando la presunta empleadora manifestó oposición total al dictamen, asegurando que no estaba legitimada por pasiva para estar vinculada al trámite de dicha calificación.

Mientras que, del dictamen realizado por la Universidad Nacional de Colombia, se extrae que el mismo se realizó sin el reporte de accidente de trabajo, el análisis de puesto de trabajo, exámenes preocupacionales, exámenes periodicos ocupacionales, exámenes post ocupacionales y concepto de salud ocupacional, además de tener incompleta la historia clinica. En ese peritaje, sobre los fundamentos expuestos para la calificación, se enfatizó que:

Tenemos un paciente hombre de 53 años de edad, escolaridad primaria, casado que ingresó a trabajar en la Empresa Casa del embrague en oficios varios en 1991 hasta el 2001 y en 2011 hasta el 2013, en el expediente no aparecen los exámenes de ingreso a la empresa, ni exámenes periodicos y menos los de egreso, tampoco el Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa.

El Sr Cardona sufrió un accidente de trabajo en febrero 06 de 1991 por golpe (torcedura)- NO aparece el reporte a la ARP ISS, en la demanda reportan informe del AT del ISS seccional Antioquia- en el que presentó fractura del cuello de pie derecho. Fue atendido y lo manejaron con férula por 2 meses, no hay ninguna información medica del evento por ARP ni EPS. Es importante resaltar que NINGUNA INSTITUCIÓN investigó el accidente de trabajo que generó el cuadro clínico actual NI ratificó la fecha de ocurrencia del mismo como EVENTUAL fecha de estructuración. No hay información al respecto.

(...)

En las ponencias de la Junta Regional y de la Junta Nacional hay DIFERENCIA entre los dictámenes pues la regional establece y sustenta, el origen laboral y la Junta Nacional considera de origen común porque, dice la ponencia, “... no encontrando relación fisiopatologica entre mecanismo de lesión de baja energía en accidente de trabajo de febrero de 1991 y hallazgos imagenologicos de tan severo compromiso en el año 2012 ...” El argumento de la Junta Nacional es ilogico porque literalmente el texto citado de la U Complutense de Madrid dice “ ...Clasificación de las fracturas según la energía: Traumatismos de: Alta energía, en accidentes de traficos y caidas. Baja energía, fractura de hueso esponjoso (como el que se encuentra en los extremos de

los huesos o epifisis) ... por caída del propio cuerpo de una persona ... es frecuente en vida diaria y más difícilmente prevenible". Esta es la explicación de que una torcedura de cuello de pie genera una fractura de cuello de pie.

Adicionalmente, señala el perito Santiago Buendía Vásquez, lo siguiente:

Es claro que en la HC expediente, no se aportó historia clínica de este periodo que permita establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que ocurrió el evento, la responsabilidad es de la empresa Casa del Embrague y de la ARL ISS Colpensiones, no del paciente, la que tiene que reportar el AT es la empresa Casa del Embrague....

Como soporte de su afirmación, cita las normas del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 5 de la Resolución 156 de 2005, normas que no existían al momento de ocurrencia del evento, esto es, el mes de febrero de 1991. Sin embargo, para esa data se encontraba vigente el Decreto 3170 de 1964, el cual, en su artículo 3° señalaba que eventos podrían considerarse como accidentes de trabajo, entre estos estaba el que se diera durante «la ejecución de órdenes del patrono o en la prestación de un servicio bajo la autoridad de este, aún fuera del lugar y horas de trabajo».

Así mismo, dicho reglamento señalaba unas excepciones que no se consideraban accidente de trabajo, el artículo 4° del citado decreto establecía estos eventos:

- a) El que fuere provocado deliberadamente por la víctima o por sus causahabientes, o el que fuere consecuencias de un acto delictuoso de que la víctima fuese responsable directa o indirectamente.
- b) El que fuere producido por culpa grave de la víctima, considerándose igualmente como tal, entre otras, la desobediencia deliberada de órdenes expresas, el incumplimiento manifiesto e intencional de las disposiciones del Reglamento de Prevención de Riesgos y la embriaguez o cualquier otra forma de toxicomanía o de narcosis.
- c) El que se deba a fuerza mayor conforme a la definición del Código Civil Colombiano.

Hay que considerar que el problema jurídico a dilucidar es sí las enfermedades que posee el extrabajador son consecencialmente vinculadas al accidente acaecido en febrero de 1991, o si por el contrario son asociados a un evento de origen común, como lo indicó la Junta Nacional.

Es importante clarificar que la parte actora en los hechos 2° y 3° de su demanda, señala

que el Seguro Social le negó al señor Cardona Garrido, la posibilidad de acceder a la documentación necesaria y que se vio obligado a presentar acción de tutela en el año 2006, para obtener el informe patronal aportado con su demanda; no es menos cierto, que el interesado no documentó lo narrado en el texto de su escrito de demanda, no acompañando prueba alguna que pruebe que solicitó y que no fueron entregadas esas documentales. Al respecto, el artículo 167 del C. G. del P. advierte: «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

El otro aspecto que debe abordar es el referente a las experticias médicas aportadas, para ello la Sala considera pertinente realizar el siguiente análisis:

1. Con la demanda se aportó historial médico visible a páginas 6 a 24 del expediente digitalizado, en este se extrae que el demandante acudió a consulta el día 21 de enero de 2013, motivo de la consulta: por un accidente de trabajo, diagnostico M211 deformidad en varo, no clasificada en otra, causa externa: Accidente de trabajo.
2. Posterior a ello, figura una atención del 12 de noviembre de 2011, motivo de consulta: entrega de resultados, diagnostico principal: M239 trastorno interno de la rodilla no especificado, diagnostico relacionado: M211 deformidad en varo, no clasificada en otro, causa externa: enfermedad general.
3. Luego, se encuentra un evento del 04 de diciembre de 2013, motivo de consulta: dolor en el pie derecho, diagnostico principal: M255 dolor en articulación, diagnostico relacionado 1: deformidades adquiridas de los dedos del pie, no especificado, diagnostico relacionado 2: infección de vías urinarias, sitio no especificado, causa externa: enfermedad general.
4. También, registra atención médica del 04 de marzo de 2016, diagnostico principal: M545 lumbago no especificado, diagnostico relacionado 1: H547 disminución de la agudeza visual, sin especificación, causa externa: enfermedad general.
5. Registra otra atención, del día 25 de junio de 2011, motivo de consulta: el pie, diagnostico principal: Q667 pie cavus, diagnostico relacionado 1: H527 trastorno de la refracción, no especificado, causa externa: enfermedad general.
6. Otra consulta médica es la 8 de agosto de 2011, motivo de consulta: requiero incapacidad laboral, diagnostico principal: T938 secuelas de otros traumatismos

especificados de miembro inferior, causa externa: accidente de trabajo.

7. Otro registro es el del 23 de abril de 2012, motivo de consulta: yo he venido enfermo del pie derecho, no refiere diagnóstico principal, ni la causa externa del mismo.

Ahora bien, la Sala comparte la decisión de la primera instancia en cuanto le ofreció mayor credibilidad el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dado que, de las pruebas antes relacionadas, al confrontarlas con los diagnósticos motivos de calificación del dictamen realizado por la Junta Regional, no existe coincidencia entre estos y los relacionados por los médicos tratantes, tal y como se analizó con anterioridad. Además, que como fue señalado por los galenos tratantes, varios de estos diagnósticos obedecían a una enfermedad común, y no al accidente de trabajo que pudo haber padecido el extrabajador.

Por otra parte, del concepto médico emitido por el doctor Santiago Buendía Vásquez, como se dijo anteriormente, el mismo se realizó sin tener la historia clínica completa, ni los exámenes de ingreso o egreso, tampoco los periódicos realizados al demandante, sin que pueda en este caso apegarse a que el patrono no realizó, ni le entregó esas documentales al ex trabajador, ya que, para su peritaje debe valerse de las pruebas que se le aportaron y emitir una decisión integral sobre la condición médica del usuario, y no apegarse a las reglas de experiencia para cuestionar lo que resulte contrario a su evaluación.

En consecuencia, acertó la primera instancia al desestimar las pretensiones de la demanda, y la sentencia consultada se confirmará.

Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas de conformidad con lo expuesto en el artículo 365 núm. 8 del CGP.

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

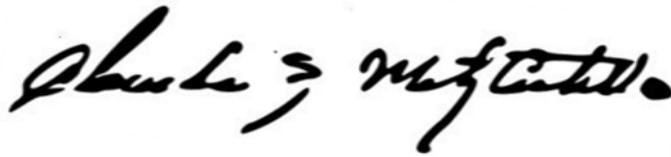
IV. RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Carlos Alberto Cardona Garrido en contra de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Abstenerse de imponer condena en costas en esta instancia por no hallarse causadas, tal como se explicó en la parte considerativa.

Notifíquese lo resuelto por edicto, publíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

Demandante:	Policarpo Riaño Zubieta
Demandada:	Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Confirma y modifica
Radicado:	11001-31-05-034-2020-00327-01 <u>034 2020 00327 01</u>

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la misma entidad, frente a la decisión adoptada el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral seguido por Policarpo Riaño Zubieta en contra de esa administradora.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente sentencia:

I. **ANTECEDENTES:**

1.1 **PRETENSIONES**

El señor **Policarpo Riaño Zubieta** promovió demanda en contra de Colpensiones, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación de pensión de vejez, bajo las reglas del artículo 12 del Decreto 0758 de 1990, debidamente indexada, los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas y agencias en derecho del proceso.

1.2 HECHOS

En sustento de sus pretensiones indicó que, nació el 29 de agosto de 1948, se afilió al ISS el 1º de mayo de 1979, donde cotizó 994,57 semanas, igualmente prestó servicios en el Ministerio de Defensa Nacional desde el 1º de abril de 1972 hasta el 1º de octubre de 1973, equivalente a 77,29 semanas, en la Alcaldía mayor de Bogotá desde el 2 de enero de 1974 al 22 de octubre de 1978, esto es 247,29 semanas, alcanzando un total de 1.319,15, en la Resolución 02031 del 21 de mayo de 2010, el ISS le reconoció pensión de jubilación con fundamento en la Ley 71 de 1988 en cuantía inicial de \$1.586.734, quedando en suspenso el acto de ingreso a nómina de pensionados, en la Resolución 03768 del 21 de septiembre de 2010, se ingresó la prestación a partir de agosto 29 de 2008 en cuantía de \$ 1.444.805; en la Res. 03816 del 23 de septiembre de 2010 la administradora corrigió el valor del retroactivo a pagar, en la Res. 16761 del 10 de mayo de 2012, reliquidó la mesada en \$1.959.670 y en la SUB 395041 del 7 de diciembre de 2015, Colpensiones dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 8 de mayo de 2012 en \$2.325.823.

En noviembre de 2019, el actor solicitó una nueva reliquidación, la cual, fue negada por Colpensiones mediante Resolución SUB 354395 del 26 de diciembre de 2019, y en la SUB 85131 del 31 de marzo de 2020 rechazó los recursos interpuestos y mantuvo la negativa a la reliquidación pedida, y se confirmó en la Resolución SUB 109759 del 19 de mayo de 2020.

1.3 RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones en su contestación refutó todas las pretensiones, manifestó que no es posible atender lo solicitado, ya que, con la norma aplicable le arroja una tasa de reemplazo del 72% y un IBL de \$2.636.538, sin que esté permitido sumar tiempos públicos y privados, por lo que la mesada resultaría inferior a la reconocida.

Propuso como excepciones la de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas y prescripción.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de abril de 2022, resolvió:

PRIMERO: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a reajustar la pensión de vejez de POLICARPO RIAÑO ZUBIETA, en cuantía inicial de \$2.790.987, a partir del mes de febrero de 2010.

SEGUNDO: Condenar a la citada entidad a pagar al demandante las diferencias pensionales causadas hasta marzo de 2022, debidamente indexadas. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se cause hasta la fecha de su pago efectivo.

TERCERO: Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 29 de noviembre de 2016.

CUARTO: Autorizar a Colpensiones reclamar el pago de la cuota parte que corresponda al FONCEP como responsable de las prestaciones económicas y pensionales que estaban a su cargo según la Resolución No. 2031 de 2010, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2.10.12.1 y 2.2.10.12.4 del Decreto 1833 de 2016.

QUINTO: FACULTAR A ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para deducir del valor del retroactivo pensional los aportes pertinentes al sistema de seguridad social en salud, con destino a la EPS a la cual esté afiliado el demandante, conforme lo previsto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3.º del Decreto 692 de 1994.

SEXTO: CONDENASE en Costas a la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, liquídense por secretaría incluyéndose la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.

Se planteó como problema jurídico establecer si el demandante tiene derecho a que le sea reliquidada la pensión de vejez reclamada; y si es procedente su pago de forma indexada y el reconocimiento de intereses moratorios.

Delimitado el litigio, valoró como pruebas los actos administrativos mediante los cuales le es reconocida la prestación económica al actor; de igual manera, estudió la aplicabilidad del régimen que le permitiese tener en cuenta todos los tiempos cotizados, aplicando para ello los dictados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre ellos las sentencias SL 11188 de 2016, SL 1140 de 2020, SL 2557 de 2020, SL 2776 de 2021, entre otras. Al respecto señaló:

De estas razones, el despacho concluye la procedencia de reliquidar la pensión reconocida al demandante, ahora bajo los parámetros consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, modificando para el caso concreto el régimen legal aplicable que anteriormente estaba remitido a la ley 71 de 1988, considerando igualmente procedente del incremento de la tasa de reemplazo usada para fijar el monto de la mesada pensional que actualmente viene devengando el demandante y para ello entonces se procede al estudio del reconocimiento de la mesada pensional en los términos del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuyo artículo 12 se regula lo siguiente:

Artículo 12. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos, a 60 o más años de edad, si es varón o 55 más años de edad, si es mujer y vea un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

En consecuencia, se hace procedente la reliquidación de la mesada pensional del demandante, con la inclusión de todos los tiempos laborados por el actor, incluyendo los tiempos públicos en los siguientes términos.

Aclaró la sentenciadora que, realizados los cálculos por el despacho, teniendo todos los tiempos cotizados le corresponde aplicarle una tasa de reemplazo equivalente al 90% del IBL, y que el IBL a tener en cuenta sería el de los últimos 10 años al resultarle más favorable.

Finalmente, declaró la prescripción de las mesadas generadas antes del 29 de noviembre de 2016, ordenó el pago de la indexación solicitada y negó los intereses moratorios solicitados.

II. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión tomada por el despacho, la demandada a través de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación contra la decisión tomada, argumentando en síntesis que no es posible acudir a los precedentes de la Corte Constitucional en su contenido con la sentencia SU 769 de 2014 y SU 057 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia para la sumatoria de tiempos públicos y privados porque ello únicamente es posible cuando el afiliado que pretende su pensión no alcance el número mínimo de semanas sin que esto implique que todas las pensiones puedan ser reliquidadas bajo ese criterio, pues existen normas de precisa aplicación. Además, señaló que el actor adquirió su estatus de pensionado el 29 de agosto de 2008, ante la sentencia constitucional y ello también restringe su aplicación a este caso.

III. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones reiteró lo manifestado en su recurso de apelación y expuso otras razones referentes a pensión de sobrevivientes, por lo que se analizarán en esta oportunidad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y del grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 de la misma codificación.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si hay lugar o no a la reliquidación de la pensión de vejez pedida por el señor Policarpo Riaño Zubieta.

4.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no existe duda sobre la causación del derecho reclamado, esto es, la pensión de vejez, porque así viene reconocida en la Resolución 02031 del 21 de mayo de 2010, por ende, lo que se debate en el proceso, es si hay lugar o no a reliquidar la prestación, al tener en cuenta los aportes realizados, en entidades públicas y privadas.

4.4. DEL REGIMEN DE APLICABLE PARA DETERMINAR LA TASA DE REEMPLAZO Y EL IBL

En el caso bajo estudio el actor reclamó la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad a lo normado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a lo cual accedió la juez de primera instancia; decisión que es objeto de reparos por Colpensiones, quien aduce que: *«el criterio de sumar tiempos públicos y privados únicamente cuando el afiliado que pretende su pensión no le es posible alcanzar las semanas exigidas únicamente con las privadas o en las públicas y tienen que así que acudir a esta sentencia para conseguir su derecho pensional»*, asegurando que ese criterio debe aplicarse

restrictivamente a esos casos y que no todas las pensiones puedan ser reliquidadas bajo ese criterio.

Tal como se observa en los hechos de la demanda no hay duda de que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por consiguiente a que la pensión se le reconozca con fundamento en el mencionado artículo 12 del Decreto 0758 de 1990 como lo definió con acierto la juzgadora de primer grado, porque del mencionado artículo no se desprende que el número de semanas requeridas deban ser aportadas exclusivamente al ISS, como parece entenderlo la demandada.

Este entendimiento responde a la aplicación del principio de favorabilidad, conforme lo expuso la Corte Constitucional en su sentencia SU 769 de 2014, al indicar que *«[...]para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993»* y reitera lo expuesto en sentencias T-090 de 2009, T-398 de 2009, T-583 de 2010, T-760 de 2010, T-334 de 2011, entre otras.

La Sala de Casación Laboral de la Corte también acogió este razonamiento en el sentido de autorizar el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en las normas del Acuerdo 049 de 1990, con sumatoria de tiempos servidos y cotizados en entes públicos y privados, ese alto tribunal reconoció tal posición desde las sentencias CSJ SL1981-2020, reiterada en CSJ SL3110-2020, CSJ SL4480-2020, SL182-2021, entre otras, y precisamente en las sentencias SL2557-2020,

reiterada en la SL2776-2021, SL 3801-2021, SL3484-2022 y SL 4036-2022, dejó abierta la puerta de aplicar dicho criterio a los casos donde se pretendiese la reliquidación de la pensión, advirtiendo que *«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»*, y reiterando 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 no tiene la razón en cuanto afirma que no tiene derecho a la reliquidación reclamada, toda vez que la suma de tiempos públicos y privados también es aplicable en los casos en que se discuta la reliquidación pensional.

4.5. DEL CASO EN CONCRETO

Para resolver el asunto, se debe evaluar las pruebas arrimadas al plenario, de las cuales se extrae que al señor Riaño Zubieta le fue reconocida pensión de jubilación por aportes, declarándole beneficiario del régimen de transición mediante Resolución 02031 del 21 de mayo de 2010, y reconociéndole pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.586.734 para el año 2010.

Posteriormente, el Instituto de los Seguros Sociales en Resolución 16761 del 10 de mayo de 2012, dispone una primera reliquidación de la prestación, teniendo como cuantía inicial la suma de \$1.959.670 pesos, a partir del 29 de agosto de 2008. Y, de nuevo, esta vez Colpensiones mediante acto administrativo GNR 395041 del 7 de diciembre de 2015, en cumplimiento de fallo de tutela, reliquida la prestación, conforme a lo prescrito en la Ley 71 de 1988, en cuantía de \$2.325.823 a partir del 8 de mayo de 2012.

Por último, el peticionante presentó una última solicitud, la cual, fue negada por la administradora a través de pronunciamiento SUB 354395 del 26 de diciembre de 2019; decisión que no fue modificada por la Resolución 85131 del 31 de mayo de 2020, y fue confirmada por la No. 2020-4841115 y la DPE 8264 del 22 de mayo de 2020.

Colpensiones sustenta la negativa a reliquidar la mesada pensional del actor en que, de hacerlo con fundamento en el mencionado Decreto 0758 de 1990, solo podría tener en cuenta la información contenida en el resumen de tiempos respecto a las semanas cotizadas a las diferentes administradoras del Régimen de Prima Media con prestación definida, de las cuales extrajo que cotizó exclusivamente al ISS, hoy Colpensiones, un total de 6968 días, correspondiente a 995 semanas, por lo tanto, siguiendo las reglas del artículo 20 de la norma el porcentaje correspondiente es el 72%, por lo cual se niega la solicitud de reliquidar la prestación con una tasa de reemplazo del 90%.

Esta interpretación esta en contravía con los principios de favorabilidad previstos en el artículo 53 de Constitución Política, y de conforme al precedente constitucional de la sentencia SU 769 de 2014, y en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100, que autorizan la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, por lo que en este caso es válido tener en cuenta, los tiempos de servicios o periodos cotizados con las diferentes entidades, los cuales, fueron reconocidos por la entidad en la última resolución DEP 8264 del 22 de mayo de 2020 (págs. 114 a 124, Archivo 02 Expediente Primera Instancia) y los consignados en la historia laboral (pág. 28, Archivo 02 Expediente Primera Instancia), detallados así:

Entidad	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización	Días
MINDEFENSA	01-04-1972	29-06-1972	89
MINDEFENSA	30-06-1972	01-10-1973	452

CENTRO DISTRITAL DE SISTEMAS (FONCEP) COLPENSIONES	02-01-1974	22-10-1978	1731
	01-05-1979	31-01-2005	6969
		Total	9240 días, que corresponde a 1320.

De conformidad al artículo 20 del Decreto 758 de 1990, habiendo obtenido un número superior a 1250 semanas entre semanas cotizadas y tiempos de servicio, le corresponde así una pensión equivalente al 90% del IBL liquidado en el acto administrativo GNR 395041 del 7 de diciembre de 2015 en \$3.101.097 pesos, que al aplicarle la tasa de reemplazo nos arroja una cuantía inicial de \$2.790.987 pesos, tal y como lo estableció la Juez a quo.

Ahora, en grado jurisdiccional de consulta en favor del Colpensiones, la Sala estima pertinente modificar la decisión del a quo, únicamente en cuanto a la fecha de reconocimiento, dado que en la parte resolutive de la sentencia se indicó que se hará a partir del mes de febrero de 2010, sin embargo, la fecha de inicio deberá coincidir con la fecha de reconocimiento de la última reliquidación, realizada en la resolución GNR 395041 de 7 de diciembre de 2015, esto es, el día 8 de mayo de 2012.

Por lo tanto se debe confirmar la decisión de primera instancia y en grado jurisdiccional de consulta se modifica únicamente la fecha desde la cual debe actualizarse el valor de la nueva mesada, que lo es la del 8 de mayo de 2012.

4.6. DE LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso, sobre la condena en costas, establece que «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja,

súplica, anulación o revisión que haya propuesto», como el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones no salió adelante y con su actuar la entidad demandada, lo que le obligó a exponer su caso ante la jurisdicción ordinaria laboral, esto con el fin de que le fuese reconocido el derecho que pretendía.

Por esa negativa la parte demandante asumió unos costos adicionales por concepto de gastos judiciales y gastos de apoderamiento, los cuales, objetivamente deben ser asumidos por la parte vencida; en consecuencia, se impondrá condena en costas a cargo de Colpensiones, fijando como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente al momento en que se liquiden las costas del proceso, de conformidad con lo normado en el numeral 1° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: Modificar el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Policarpo Riaño Zubieta contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y en su lugar disponer el reajuste la pensión de vejez en favor del demandante, en cuantía de \$2.790.987 pesos a partir del 8 de mayo de 2012, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar los restantes numerales de la sentencia del 25 de abril de 2022, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en segunda instancia a cargo del demandada, y en favor del demandante. Líquidense las primeras por el Juzgado de origen. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de 1 SMLMV.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Christian Alexander Sánchez
DEMANDADO:	Jairo Ochoa Anzola como propietario del establecimiento Parquadero J&L 69
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISION:	Confirma
Radicado	11001-31-05-006-2017-00587-01 <u>11001310500620170058701</u>

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la parte actora, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de Christian Alexander Sánchez en contra de Jairo Ochoa Anzola.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Christian Alexander Sánchez (q.e.p.d. pdf 01 fol. 241) accionó contra Jairo Ochoa Anzola, como propietario del establecimiento de comercio Parquadero J&L 69, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral del 1º de octubre de 2015 al 10 de febrero de 2017, por lo que el empleador le adeuda las horas extras, el trabajo dominical y festivo, las prestaciones sociales y los salarios durante todo el

tiempo servido.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que el 1° de octubre de 2015 celebraron un contrato de trabajo verbal, acordando el lugar de prestación del servicio, las funciones y el salario, que en 2017 ascendía a \$1.100.000 pesos. Así mismo, informó que su empleador no realizó los exámenes médicos ocupacionales no lo afilió a la seguridad social, ni se atendieron las normas de seguridad y salud en el trabajo, relatando también que el 28 de julio de 2016 sufrió un accidente de tránsito.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

El demandado se opuso a las pretensiones, afirmó que no le constan los hechos, y que es propietario del establecimiento de comercio **Parqueadero J&L 6** desde el 13 de junio de 2017 (sic), por consiguiente, no tiene ningún vínculo laboral con el actor, y para enervar las súplicas formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de junio de 2022, absolvió al demandado de todas las pretensiones. Para arribar a tal conclusión, argumentó lo siguiente:

Con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto, se advierte que la audiencia anterior se declaró en la confesión ficta del accionado Jairo Ochoa Anzola en relación con los hechos primero al quinto, doce, catorce, veintiuno y treinta y tres, y al efecto la declaración en mención recayó en lo relacionado con la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes desde el día 1° de octubre del año 2015 hasta el día 10 de febrero del año 2017.

No obstante, se advierte que como soporte de la afirmación contenida en la demanda se aportó por la parte actora la certificación visible a folio 23, expedida el día 10 de febrero del año 2017 por el señor Orlando Anzola, parking JL calle 69, número 17-57, persona diferente al demandado Jairo Ochoa Anzola, mediante la cual se hizo constar que el señor Cristian Alexander Sánchez, entre comillas, laboró continuo en nuestra empresa en el período comprendido entre octubre de 2015 hasta febrero de 2017, con un salario de \$1.100.000 pesos, se precisa que la certificación no especificó quiénes conformaron la empresa a la que alude el documento o a quienes benefició el servicio que prestó el actor, además del señor Jairo Anzola, a quien no se demandó en el presente proceso. Luego, si bien se estableció que el demandado Jairo Ochoa Anzola detenta la propiedad del establecimiento de Comercio denominado J&L 69 desde el día 15 de junio del año 2016 (folio 26), las solas circunstancias no permite presumir la existencia de contrato de trabajo por cuanto no se probó que el accionante prestó sus servicios en beneficio del antes citado, que permita desencadenar la consecuencia jurídica prevista por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 2° de la ley 50 de 1990, esto es la de presumir la existencia de un contrato de trabajo, pues se reitera en la demanda se afirmó que la accionante celebró un contrato de trabajo con el señor Jairo Ochoa Anzola con soporte en una certificación que emitió Orlando Anzola, en la cual no se hizo constar la vinculación del actor con el accionado Jairo Ochoa Anzola, pues la documental refirió a la prestación de servicios en beneficio de una empresa o personas que no

identificó la certificación y que por lo mismo no permite inferir que cobija al accionado como propietario del establecimiento de comercio, a partir del día 15 de junio del año 2016. Máxime cuando la certificación se emitió por el señor Orlando Anzola, persona diferente al demandado el día 10 de febrero del año 2017, cuando la propiedad del establecimiento se encontraba en cabeza del accionado Jairo Ochoa Ánzola, sin mediar prueba de que la referida condición se hubiera beneficiado de los servicios que prestó el accionante para una empresa que no determinó la certificación visible a folio 23 aportada con la demanda como soporte de las afirmaciones del libelo demandatorio que no guardan coherencia con el contenido de la certificación y que por lo mismo deja sin eficacia la declaración ficta que se produjo en relación con el accionado, en el entendido de que la declaración de confeso se desvirtuó con la certificación que como fundamento de la demanda, aportó la parte actora.

Luego, como quiera que nos incorporó, prueba diferente que permita establecer la existencia del vínculo laboral entre las partes, corresponde proceder y la absolución de la parte demandada.

Conoce la Sala en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante que no interpuso recurso contra la sentencia.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el termino de traslado, transcurrió en silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. HECHOS PROBADOS

Queda excluido de la controversia que el establecimiento de comercio Parquadero J&L 69 se matriculó en la Cámara de Comercio de Bogotá el 15 de junio de 2016.

3.4. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En lo que tiene que ver con la existencia de una relación laboral según lo previsto en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe aclararse que esta se produce por la prueba certera de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la acreditación concreta del servicio personal de un individuo.

Se discute en esta oportunidad si entre las partes existió o no un vínculo laboral, con el fin de dilucidar este aspecto debemos recordar que, de acuerdo con el artículo 23 del CST, son elementos esenciales de este tipo de acto jurídico:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.

En este asunto, la Sala encuentra que la defensa se centró en desconocer la existencia de una relación laboral subordinada, sobre este aspecto, tiene sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). Lo anterior, en tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

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

Sin embargo, el legislador trasladó al empresario la carga de demostrar que no se está ante un contrato dependiente sino verdaderamente autónomo, eso es lo que se desprende de la presunción que estableció el artículo 24 del CST acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza; en orden con esto, para que se configure el contrato de trabajo, si el interesado demuestra la prestación personal del servicio, el presunto empleador, para liberarse debe acreditar ante el juez que no existió una prestación de un servicio que estuviese regida por las

normas laborales (C-665 de 1998).

Por lo tanto, será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, quien examine el conjunto de los hechos, bajo la óptica de los diferentes medios de prueba, y verifique que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia del 2 de junio de 2009, rad. 34759, señaló sobre el particular:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, justamente consagra una presunción a favor de la persona natural que presta servicios personales a otra natural o jurídica, en el sentido de que, bajo ese supuesto fáctico, se entiende que el ligamen que los ata es una relación de trabajo, trasladándose la carga de probar lo contrario al demandado, si desea desvirtuar la presunción.

En fallo de 23 de septiembre de 2008 (Rad. 33526), y de 4 de febrero de 2009 (Rad. 33937), esta Sala de la Corte dejó asentado, en síntesis, que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una presunción, según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el pretenso trabajador no corre con la carga de probar el segundo de los elementos del artículo 23 ibidem.

En ese orden, la intelección que el juez de la alzada le imprimió al mencionado artículo 24 fue equivocada, pues, en suma, lo que dicho canon legal quiere significar es que, una vez demostrada la prestación de un servicio personal, la carga de probar que esa vinculación no giró bajo la égida de un contrato de trabajo, gravita sobre el demandado.

La misma corporación en sentencia del 8 de junio de 2016, Radicado 47.385, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró el criterio que de antaño ha adoctrinado:

... para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, 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 cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la Litis, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada."

Situados en este punto recordemos que, la existencia y las condiciones del contrato de trabajo bajo las cuales se pacta el nacimiento de dicho acto jurídico, pueden acreditarse por los distintos medios probatorios ordinarios, así como que en materia laboral el juez no está sujeto a la tarifa de valoración de la prueba, así lo explicó la Sala de Casación laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL4723 de 2019 señaló:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de instancias, al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada."

3.5 DEL CASO EN CONCRETO

El reclamo del demandante manifestado en su demanda consistió en afirmar que sí laboró al servicio de Jairo Ochoa Anzola y que éste pretende desconocer la existencia de ese vínculo empleaticio, por consiguiente, debía probar la prestación personal del servicio en favor del demandado, pues «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», artículo 167 del CGP aplicable por analogía del 145 del CST) para activar la presunción a que se hizo referencia en párrafos anteriores.

Sobre este tema, es preciso recordar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referente a que si bien es cierto a la parte actora le basta con probar en el curso de la litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la parte demandada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado; también lo es, que no queda relevada de otras cargas probatorias, como por ejemplo la demostración de los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se solicita la indemnización respectiva, al respecto ver las Sentencias SL728-2021, SL102-2020, SL447-2019, entre otras; elementos que no aparecen soportados en prueba alguna en este proceso.

Al verificar el certificado de matrícula del establecimiento de comercio J & L 69 (pdf01 expediente digitalizado), se constata que su propietario es el señor Jairo Ochoa Anzola, que se registró en junio 15 de 2016, y se canceló en marzo de 2017, es decir, no existía en octubre de 2015 cuando el señor Christian Alexander Sánchez alega que inició la relación laboral, así que el medio adosado carece de idoneidad para demostrar el hecho de que prestó un servicio personal en favor del propietario del citado establecimiento desde aquel momento.

También se acompañó el certificado de existencia y representación legal de la sociedad J & E Servicios Especializados SAS, a través de la cual el demandante informó que se pretendió esconder la relación laboral y la certificación de la ARL Sura del 3 de mayo de 2016, donde consta que el señor Christian Alexander Sánchez se encuentra afiliado desde el 4 de mayo de 2016 a esa administradora en riesgos laborales como trabajador de «*J & E SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAS que se encuentra en cobertura, en el centro de trabajo 0000000123- MI PLANILLA, Clase de riesgo 2, porcentaje de cotización 1.044%*».

Con lo cual, no evidencia la actividad personal del demandante en favor del convocado a juicio, señor Jairo Ochoa Anzola porque la sociedad J & E Servicios Especializados, es una persona jurídica distinta del demandado, si el accionante estaba interesado en beneficiarse de la presunción antedicha, debía acreditar las condiciones en que prestó un servicio en favor de un tercero, no bastaba con que se probara cualquier tipo de relacionamiento con el accionado para inferir que le prestaba una actividad que debía ser protegida por las leyes sociales, sino que también estaba compelido a demostrar un mínimo de elementos que permitieran colegir, con certeza, la prestación de un servicio en favor de aquel.

Ahora bien, la Sala comparte la decisión de la primera instancia en cuanto restó valor probatorio al documento obrante en el pdf 01 folio 24, suscrito por el señor Orlando Anzola, consistente en una certificación laboral expedida el 10 de febrero de 2017, en la que se puede leer «*Mediante la siguiente carta laboral se hace constancia que el trabajador CHRISTIAN ALEXANDER SÁNCHEZ, identificado con (..) trabajó continuo en nuestra empresa en el período comprendido entre octubre de 2015 hasta febrero de 2017, con un salario final de un millón cien mil pesos m/cte.(\$1.100.000=) Cumpliendo las labores de todo lo relacionado con parqueadero*» como quiera que la persona que el signatario no es la misma que aquí se encuentra demandada y que, a su vez, se le acusa por fungir como empleadora.

Sobre las certificaciones expedidas por el empleador, de manera pacífica se viene sosteniendo desde la sentencia CSJ SL, 8 marzo 1996, radicación 8360, reiterada entre otras en la CSJ SL, 30 abril 2013, radicación 38666, y recientemente en la CSJ SL1588-2022 que:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier

constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.

Es importante clarificar que este documento fue suscrito por persona diferente del presunto empleador, y aunque al momento de contestar la demanda, éste no lo tachó ni desconoció, lo cierto es que no existe evidencia de que el señor Orlando Anzola actuara como representante del empleador. Así que el citado documento lo emitió un sujeto extraño a la relación, de donde habría que concluir que es un documento que no tiene pleno valor probatorio, por lo que persigue dejar constancia de un hecho relacionado con la situación de trabajo del promotor del proceso, sin que se encuentre demostrada la condición de representante del empleador en los términos del artículo 32 del CPTSS.

El otro aspecto que debe abordar la sala es el referente a los efectos de la confesión ficta respecto de los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 12, 14, 21 y 33 de la demanda que el juzgado declaró en la diligencia que celebró el 30 de marzo de 2022, ante la inasistencia del demandado a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, y a absolver el interrogatorio de parte con fundamento en el artículo 205 del CGP, pero que al momento de proferir sentencia, consideró que no estaban probados esos hechos, conclusión que resulta admisible ya que, por ser una presunción legal, admite prueba en contrario, y del análisis que efectuó del resto del acervo probatorio se convenció de que no estuvo demostrada la existencia del contrato de trabajo, por cuanto evidenció que el actor puso su actividad personal al servicio de una persona distinta del demandado.

Ese actuar no se estima infortunado en la medida que, el artículo 61 del CPTSS concede al juzgador la atribución de formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Postura que se acompasa con lo sostenido por la Corte en la sentencia CSJ SL 660 de 2019, al referirse a la aplicabilidad de la confesión ficta o presunta, señaló:

Finalmente, oportuno es recordar que de conformidad con el artículo 201 *ibidem*, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL

39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL1357-2018).

Específicamente, en torno a la confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPTSS, la Corte en la sentencia CSJ SL6849-16 precisó que:

No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real “inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes”.

La confesión ficta prevista en el artículo 77 del CPT es una presunción legal que admite prueba en contrario; por tanto, si, en el sub lite, el ad quem tomó la decisión fundado en otras pruebas como la testimonial, los interrogatorios de parte y las documentales, sin hacer alusión expresa a la confesión ficta en comento, bien se puede entender que le dio más peso a aquellas pruebas para efectos de establecer las premisas fácticas, lo cual es perfectamente legítimo en arreglo al precitado artículo 61 del CPT.

Empero, tal y como lo concluyó el Tribunal, en el expediente no obran pruebas que den cuenta de la culpa suficientemente comprobada del empleador, y los testimonios (medios probatorios en el que fundó su decisión) tampoco la evidenciaron, probanza esta que de paso valga recordar, no es calificada en casación, pues de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, solo tienen dicha connotación el documento auténtico, la confesión judicial o la inspección judicial».

En consecuencia, acertó la primera instancia al desestimar las pretensiones de la demanda, y la sentencia consultada se confirmará.

Con relación a las costas, por tratarse de la resolución del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, no hay lugar a imponerlas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Christian Alexander Sánchez en contra de Jairo Ochoa Anzola en su condición de propietario del establecimiento de comercio Parqueadero J&L 69, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en segunda instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

Demandante:	Libardo Silva Cadena
Demandada:	Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Confirma sentencia
Radicado:	11001-31-05-029-2021-00309-01 <u>029 2021 00309 01</u>

En Bogotá DC, a los veintinueve (29) días de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral seguido por Libardo Silva Cadena en contra de aquella administradora.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente sentencia:

I. **ANTECEDENTES:**

1.1. PRETENSIONES

El señor **Libardo Silva Cadena** accionó contra Colpensiones con el fin de obtener el reconocimiento de la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, **Gerardo Vaca** ocurrido el 17 de enero de 2020, y el pago del retroactivo pensional desde esa fecha, debidamente indexado y de los intereses moratorios, las costas y agencias en derecho del proceso.

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones el señor Silva Cadena indicó que tenía una constituida con el señor Gerardo Vaca una unión marital de hecho la cual permaneció hasta el 16 de enero de 2020 cuando éste falleció; en razón a que su compañero gozaba de una pensión de vejez que el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones, le había reconocido mediante Resolución N.º 005791 del 22 de junio de 1995, el hoy accionante, el 27 de octubre de 2020, solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, pero la administradora la negó mediante resolución SUB 282486 del 30 de diciembre de 2020, decisión que sería confirmada en Resoluciones SUB 33434 del 11 de febrero de 2021 y la DPV 1092 del 19 de febrero de 2021, que resolvieron los recursos en sede administrativa.

La demanda fue admitida por auto calendado octubre 12 de 2021 contra Colpensiones, ordenándose su notificación y traslado de la misma a la parte opositora y la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1.3. RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones en su contestación refutó todas las pretensiones, manifestó que producto de la investigación administrativa que realizó, no se demostró la convivencia real entre el demandante y el pensionado fallecido; para restar vigor a las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación,

imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, imposibilidad de condena en costas.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de agosto de 2022, resolvió:

PRIMERO: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, (...) a reconocer y la pensión de sobreviviente a favor del demandante LIBARDO SILVA CADENA, en calidad de compañero permanente del causante GERARDO VACA, a partir del 16 de enero de 2020, en cuantía inicial correspondiente al salario mínimo legal, que corresponde a \$877.803 con los respectivos incrementos anuales que determine el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: CONDENAR al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, (...) a pagar a favor del demandante LIBARDO SILVA CADENA, el retroactivo causado desde el 16 de enero de 2020 de manera indexada y hasta la fecha en que sea incluido en nómina.

TERCERO: ABSOLVER al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES del resto de pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas a la suma de \$ 3.000.000 incluyendo las agencias en derecho
(...)

Se planteó como problema jurídico establecer si el demandante tiene derecho a la pensión reclamada por el fallecimiento del señor Gerardo Parra, llegando a la conclusión de que, sí se encuentran cumplidos los requisitos para ser acreedor de la prestación, y expuso:

Así es que encuentra el despacho, que la negativa de la Administradora Colombiana de Pensiones de reconocer la pensión al aquí demandante se fundamenta en la investigación administrativa que en su momento ejerció Colpensiones al considerar que no se había logrado establecer los extremos de la convivencia y la convivencia, es decir, no se cumplió con el requisito de ley y que establece un término de convivencia en el caso de los pensionados de 5 años. Dice lo siguiente Colpensiones: Que se realizó la investigación administrativa para establecer los extremos de convivencia entre el causante y el solicitante, arrojando como resultado "No se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Libardo Silva Cadena, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa, de acuerdo con la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró establecer que el señor Gerardo Vaca y el señor Libardo Silva Cadena hubieran convivido en unión marital de hecho desde el año 1969 y no aportó fecha exacta hasta el 16 de enero del año 2020, fecha en que muere el causante debido a uno de los familiares, corrobora la unión sentimental, más no la convivencia en unión marital de hecho, en las labores de campo se relacionan las partes en una convivencia bajo techo como amigos. Uno de los vecinos indicó que cada

uno tenía su cuarto, no se aportaron más familiares directos del causante que confirmarán la versión aportada por el solicitante, por lo tanto, no es posible acreditar la presente investigación administrativa” es decir, como ya lo manifestamos, no se cumplió con el requisito establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a juicio de Colpensiones, en virtud de que no se cumplió con ese requisito de convivencia.

(...)

Previamente analizar las pruebas, pues deberemos referirnos a lo que la jurisprudencia ha determinado como una convivencia real y efectiva en el caso de las parejas que pretenden el reconocimiento de la pensión. Es así como en sentencia SL 1399 de 2018 se afirmó lo siguiente: *“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los compañeros o compañeras permanentes, como de los cónyuges. Por convivencia, ha entendido la Corte que es aquella comunidad de vida forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par de una convivencia real, efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme de mutua comprensión, soporte de los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común. Lo anterior excluye los encuentros pasajeros, causales, esporádicos e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no entiendan las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.*

(...)

Digamos en esos momentos bien, complicados, bien difíciles de la enfermedad, pues efectivamente se comportaba como su pareja, solidaria, amorosa, que le brindaba ese cuidado y que eso es lo que realmente digamos caracteriza esa convivencia, es decir, que para este despacho no existe duda alguna en cuanto a que no fueran compañeros permanentes y que esa convivencia pues se dio efectivamente desde el año que dice el señor Libardo, desde el año 62, independientemente que al principio tenía que convivir en diversas habitaciones por las circunstancias, como ya señalamos, sociales y familiares de esta sociedad, que todos, pues ya conocemos cómo era y cómo ha venido evolucionando ese trato igualitario, pero si descartáramos que en ese interregno de tiempo del 62 al 85, no hubo una convivencia por convivir en habitaciones diferentes, pues lo cierto es que el año 85, hasta el año 2000(sic), ellos vivían como pareja en un apartamento donde esporádicamente eran visitados por sus familiares que dan cuenta, pues también de esa convivencia, según los amigos y la misma señora Ruth Mildred conocían la condición de sus familiares y de todas maneras desarrollaron esa convivencia hasta el año 2000(sic), es decir, por un tiempo muy superior a los 5 años.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación parcial frente a la decisión emitida por la Juez en cuanto a la condena en costas, fundamentado en lo siguiente:

En atención a lo resuelto interpongo recurso de apelación en lo correspondiente a la condena en costas, en tanto las actuaciones desplegadas por la Administradora Colombiana de Pensiones ha estado sujeto al ordenamiento jurídico y a los elementos de juicio que en su momento se tuvieron para resolver la solicitud del señor Libardo. Por esta razón, se les solicita a los magistrados revocar dicha decisión, ya que la entidad que represento actuó de buena fe, en base a los elementos fácticos y jurídicos que tenía en su momento y en cumplimiento del orden legal. Situación que lleva a la imposibilidad o la posibilidad de no ser condenada en costas, en base al artículo 365 del Código General del Proceso, igualmente aplicable al procedimiento laboral, atendiendo al artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, facultando al juez para condenar o no en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta las consideraciones de la conducta asumida por estas.

III. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante solicita que se emita decisión confirmatoria de la sentencia de primera instancia, y que además dentro de las facultades de ultra y extra petita, se adicione la sentencia, ordenando el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que Colpensiones tenía dos meses para resolver la petición y habiendo transcurrido más de 30 meses, la Administradora no realizó el reconocimiento, omitiendo los plazos establecidos para ello.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el trámite del Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la misma entidad.

Sobre el alcance del recurso, deberá la Sala establecer como primera medida, que no es dable acoger la solicitud de la parte actora esbozada en sus alegatos de conclusión respecto a la adición de la sentencia, dado que la Juez emitió su juicio sobre este punto de litigio, además, no es esta la oportunidad pertinente para ello, ya que pudo solicitarse al momento de ser notificada de la decisión recurrida, para que la despachadora de primera instancia se pronunciara sobre ello, sin embargo, no lo hizo así y se mostró conforme con la providencia emitida.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, en sede de apelación si hay lugar o no a la condena en costas emitida contra la vencida en el proceso, esto es, la demandada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones. En consulta analizará íntegramente el fallo.

4.3. DE LA CONDENA EN COSTAS

La censura reprocha la condena en costas que le impuso la primera instancia, toda vez que, «la entidad actuó de buena fe, en base a los elementos fácticos y jurídicos que tenía en su momento y en cumplimiento del orden legal», por lo que la Sala en este momento se pregunta si es viable acceder a lo pretendido, y la respuesta será desfavorable por las razones que pasan a exponerse.

El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por vía de integración analógico según lo autoriza el artículo 145 del CPTSS, sobre la condena en costas, norma lo siguiente:

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

Según la disposición citada, la condena en costas busca resarcir no solo los gastos judiciales a los que se vio avocados a asumir la parte reclamante, sino también las agencias en derecho, para recompensar en todos los gastos de apoderamiento, por la gestión de la defensa de la parte vencedora en el litigio. Al respecto, la Sala de Descongestión No. 2 de la Corte Suprema de Justicia, en auto AL 3121 de 2021, señaló:

El concepto de este gravamen incluye no solo los gastos en que incurre la parte para presentación o la atención de un proceso judicial, sino un también las agencias en derecho, que constituyen una porción de las costas imputables a las erogaciones que hizo para su defensa judicial la parte victoriosa, las cuales están a cargo de quien pierda el proceso o, como en el examine quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de casación.

En el sub-lite resultó vencida la demandante y su contraparte, Colpensiones formuló oposición, por lo tanto, son de su cargo las expensas generadas.

Para dar respuesta a la afirmación de que en otras oportunidades se ha eximido de esta condena en los trámites donde se casa la decisión y no se impone costas a la parte demandada, habrá de decirse que, lógicamente, si el reclamo prospera no hay lugar a costas en el recurso extraordinario, tampoco es cierto que la suma fijada sea exorbitante o que desconozca los límites del Acuerdo N° PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, puesto que este establece, frente a los recursos extraordinarios, como tarifa para las agencias en derecho, entre 1 y 20 SMLMV. En el presente año el SMLMV asciende a \$908.526 y los 20 SMLMV a \$18.170.520, por lo que la suma de \$4.400.000 imputada como agencias en derecho, se ajusta a las previsiones de dicha disposición. Las costas se imponen en forma objetiva una vez se verifique que efectivamente se causaron, lo que, en este trámite extraordinario, es evidente que ocurrió, dado que, como atrás se dijo, hubo réplica (f.º 23 a 26 del cuaderno de la Corte), por lo que no es viable acudir a criterios subjetivos para determinar la exoneración de la parte vencida.

Revisadas las circunstancias particulares de este litigio, advertimos que primigeniamente el actor intentó el reconocimiento del beneficio prestacional por vía administrativa, lo que generó tres respuestas desfavorables de la entidad demandada, y le obligó a poner en marcha el aparato jurisdiccional con miras a lograr el reconocimiento de la pensión de su compañero fallecido.

Precisamente, por esa negativa la parte demandante, se vio obligada a asumir unos costos adicionales por concepto de gastos judiciales y de apoderamiento que, objetivamente debe sufragar la parte vencida, sin que puedan escudarse en un actuar provisto de buena fe o que la decisión tomada se dio por los resultados de una aparente investigación administrativa, por lo que, lo determinante en este caso es que la decisión judicial adversa a la recurrente tuvo sustento en las pruebas que permitieron establecer la existencia del derecho del señor Silva Cadena, y por lo tanto, Colpensiones, deberá asumir la condena en costas.

Finalmente debe recordarse que desde la sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional entendió que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada debidamente, cuando uno de ellos

fallezca, en ese entendido, la administradora demandada no podía acudir a patrones estereotipados reiterando criterios de desigualdad y de discriminación que están proscritos en nuestro ordenamiento, de ese modo el llamado que la guardiana de la constitución ha hecho a adoptar decisiones con enfoque de género por ejemplo en la sentencia de tutela T-401 de 2021, no está dirigido exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales sino también a las administrativas, pues así se expuso en sentencias como la T-051 de 2010, T-151 de 2014 y T-126 de 2022, por citar algunas.

4.4. EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El juzgado fundamentó su decisión en que encontró acreditada la convivencia entre los señores **Libardo Silva Cadena y Gerardo Vaca**, durante más de cinco años y hasta el deceso de este último, la cual no era esporádica sino continua y pública, conforme se informó por los testigos María Elsa Rodríguez, Ruth Mildred Benavidez Vargas y José Libardo Moreno.

En sede de consulta, corresponde a esta Sala dilucidar si para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, que es la norma para definir el derecho pensional vigente a la fecha del deceso del pensionado, para el caso, 16 de enero de 2020. Dicha preceptiva estipula como beneficiarios:

Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. 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;

Antes de continuar el análisis, conviene recordar que en nuestro país no se cercena la posibilidad de otorgar una pensión de sobrevivientes a una pareja del mismo sexo, en sentencia T-176/2022, la Corte Constitucional consideró que:

45. Ahora bien, con respecto a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la Sala Plena de esta corporación se pronunció en la sentencia C-336 de 2008. En esa ocasión, la Corte declaró la exequibilidad de las expresiones “cónyuge”, “compañera permanente” y “compañero permanente” contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 “en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”.

46. Para llegar a esa conclusión, la Corte indicó que, de cara a los mandatos contenidos en la Constitución, “no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales”. Asimismo, expresó que la existencia de este trato discriminatorio ocasionaba la existencia de un déficit de protección en cuanto al acceso a la pensión de sobrevivientes. En consecuencia, dijo la Corte, “la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”.

47. En conclusión, las parejas del mismo sexo tienen derecho a acceder en igualdad de condiciones a las prestaciones que contempla el Sistema General de Pensiones para proteger a las personas ante las contingencias que pueden ocurrir como consecuencia de la muerte de los afiliados o pensionados. Para tal efecto, estas parejas deberán cumplir los requisitos que contempla la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarias de estas prestaciones.

Así, no existe duda respecto a la causación del derecho, al ser el fallecido pensionado por vejez (Resolución N.º 005791 del 22 de junio de 1995.), queda por establecer el requisito de **convivencia no inferior a cinco años anteriores al deceso**, siendo este el **elemento material** que da derecho a la prestación, cuya acreditación es **obligatoria** cuando de muerte de pensionado se trata, tal como se adoctrinó en sentencia SL1730 del 3 de junio del año 2020, donde revalida que el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, exige ese tiempo mínimo de convivencia.

La jurisprudencia especializada frente a la convivencia, ha entendido que esta tiene lugar cuando entre las personas de la relación, existió un «[...] vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual y económico» (CSJ SL, 10 mayo 2005, radicación

24445), sustentado en «[...] lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua» (sentencia SL1576-2019), y frente al contenido material de la misma en sentencia SL1576–2019, se explicó que «[...] la legislación y la jurisprudencia acogen el criterio material de convivencia efectiva como elemento fundamental para determinar quiénes tienen la calidad de beneficiarios», basada en la demostración de «[...] muestras reales y efectivas de la continuación de la vida común», siendo la prueba de este requisito, por un término no inferior a cinco años, esencial para acreditar la condición de beneficiario de la sustitución pensional, exigiéndose para ello un mínimo probatorio, explicado en sentencia SL4050 de 2019, en los siguientes términos:

“Por mínimo probatorio se entiende el nivel de convencimiento judicial, derivado de la valoración del conjunto de pruebas, que sirve para acreditar un hecho y tenerlo por cierto en un proceso judicial, para tomar una decisión respecto de las pretensiones o de las excepciones debatidas en el trámite jurisdiccional. Así pues, en el ejercicio de la función judicial, el juez formará su convencimiento al punto de encontrar demostrado el hecho en función de la disposición jurídica de la cual se derivarán los efectos, a partir de los postulados que informan el derecho a la prueba -artículo 29 de la Constitución Nacional- y conforme con la regla de juicio establecida, en el caso del procedimiento laboral, por el artículo 61 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así pues, el estándar o mínimo estará determinado por el régimen normativo que sea aplicable a la situación jurídica que sirve de base a la controversia judicial.

En casos como este, la situación jurídica consistente en la causación de una pensión de sobrevivientes, está regida por las disposiciones positivas que constituyen el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, cuya dinámica normativa es el de la causación objetiva, es decir, que el reconocimiento de las prestaciones está condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos para cada prestación. Es así como la pensión de sobrevivientes sólo será reconocida en la medida en que el pretendiente beneficiario demuestre el cumplimiento cabal de las exigencias normativas para tal efecto.

Así las cosas, en asuntos relacionados con la solicitud del reconocimiento de prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, como es el caso, se requerirá la observancia de un estándar probatorio de prueba necesaria... “

Por supuesto, el elemento de la convivencia debe ser analizado en cada caso en concreto, en efecto en este proceso las declaraciones de los testigos resultaron coincidentes con lo afirmado por el demandante quien en su interrogatorio explicó las razones por las cuales, a pesar de haberse conocido en 1961, eran discretos en sus comportamientos debido a la época que se vivía y al respeto por las convenciones sociales.

Vivía en Palmira-Valle, nos conocimos en una reunión de unos amigos en 1961. Nos hicimos buenos amigos y comenzamos a convivir, yo tenía como aproximada 20 años, él me lleva 7 años. Y si no comenzamos a hacer vida, nos portamos bien, nos ayudamos mutuamente, trabajamos. Yo con el ICA,

el Palmira, él en la Placeman de Palmira. Y después, él se incorporó a la familia mía en el sentido de que arrendó una pieza en la casa de Palmira-Valle. Y ahí nos conocíamos más todavía y nos volvimos como familia y la pareja, pues si lo decís, si yo su normalidad, respetando lógico la convivencia, no en por qué en ese en ese momento no se podía uno delante de la familia nada, sino ir y hacer sus cosas a uno individualmente.

(...)

Pues si no nos conocimos en el 61, más o menos aproximadamente en el 62. Y él tiene una hermanita y la pieza se la arrendaron a la hermana y a él. y yo vivía en otra pieza con mi hermana, vivía de eso, de cobrar los arriendos y pagar su casa que tenía arrendada también ahí en donde vivíamos. Y llevamos una vida común y corriente como la de cualquier persona, pero nos estimamos y hacíamos nuestras cosas personales, muy aparte que en ese tiempo era muy juzgado todo. Tiene uno que cuidarse y valorarse y portarse como es, como caballeros.

Al ser consultado, sobre los motivos por los cuales convivían en habitaciones separadas, el señor Silva Cadena señaló:

Sí lo digo yo, que él tenía una habitación con su hermana de él, y yo mi habitación aparte y mis sobrinos y mi hermana en otras habitaciones. Porque en ese tiempo no podía uno, es decir, manifestarse como es actualmente con más libertad.

El actor relató los hechos acerca del inicio de la convivencia en la ciudad de Bogotá, asegurando que:

Pues yo me acuerdo bien de que, en el 73, yo me vine para acá para Bogotá, me retiré donde trabajaba, en el Ica me dieron las prestaciones por parte de la caja de crédito agrario. Y me vine para acá y después mandé por él y él se vino a vivir acá en Bogotá conmigo y vivíamos ahí. Sí nos tocaba una pieza, momentáneamente, no teníamos más, una pieza y la pagamos en compañía consiguió el primero en el empleo. Yo después lo conseguí y ahí nos bandeábamos vayamos poco a poco los gastos.

(...)

Pues más que todo, solo por por el que no hubiéramos con la familia en el 73. Me vine yo primero. Porque yo tenía plata en el sentido de que el ICA me ha pagado a mí. Las semanas trabajadas y todo eso los años. Entonces yo tenía cómo al ver que él se quedó sufriendo en el sentido de que yo me había venido primero, después a los poquitos días, mandé por él. Le di la plata, le giré la plata. Y se vino a vivir conmigo, ya vivimos él y mi persona.

Adicionalmente, el reclamante expuso que con el tiempo y con la mejora económica de la pareja adquirieron un apartamento en el barrio Bachué, así lo declaró:

Después él, por intermedio de la familia de él, de un familiar de logró conseguir el apartamento en el barrio Bachué, segundo sector. Y entonces ya mejoró toda la situación y nos colaboramos en gasto y todo eso, comida y una vida personal cuidándonos de los vecinos también, que no fueran a manifestar nada de nosotros, sino como un familiar, pero vivíamos juntos y nos queríamos mutuamente.

Con relación a la muerte del señor Gerardo Vaca, el señor Silva Cadena, afirmó:

Él murió aquí en Bogotá (...) Él estaba afiliado a, ay sí, me acuerdo el nombre. Eso, tenía carnet de los Olivos. Entonces, como él, tenía su familia en Palmira-Valle, y en Ginebra, en Corinto, en el Cauca, entonces quedaba más fácil hacer trasladar el cadáver hasta allá y se reunían con su familia. Y entonces yo le pedí a por mí intermedio del carnet, a los olivos, que si lo podía trasladar y ellos me lo trasladaron. Y allá le hicieron la misa y después pasó de la misa al sitio donde iba a la cremación y lo hicieron. La familia quedó muy agradecida conmigo.

El demandante acerca de las circunstancias especiales de convivencia, y explicó:

Pues no siempre vivimos y nos queríamos y hacemos nuestras cosas personales. Pero como le digo yo, me cuidaba mucho. Él también se cuidaba. Entonces yo no veo por qué esa esa, ese esa murmuración que hubo de nosotros dos. Todos los respetamos. Y vivíamos nuestra vida tranquilos. Inclusive hasta el momento me hace falta.

Luego, se recibió la declaración de la señora María Elsa Rodríguez, quien se identificó con esposa de uno de los amigos personales de la pareja. Sobre la fecha en que conoció a la pareja, dijo:

Eso fue en junio de 1988 para un cumpleaños de un hijo (...) Porque mi hijo menor cumplía años y entonces mi esposo lo invitó a los invitó a ellos para que compartiera con nosotros.

Sobre las circunstancias de reconocimiento de la pareja, la señora María Elsa informó:

Gerardo, que trabajaba con él, o sea, Gerardo trabajaba en Ecopetrol. Él era el vigilante del edificio y cuando eso mi esposo trabajaba con la Secretaría de Salud de Cundinamarca y en ese edificio estaban las oficinas, entonces ahí se empezaron a compartir y ya él me empezó a hablar de él y que era un señor muy formal y que no sé qué y que compartían el almuerzo y no sé qué, y entonces empezó a invitarlo a la casa.

(...)

Pues en medio de todo siempre lo veíamos como ellos, los amigos, no como los amigos con los que ellos dirían juntos cuando ellos cumplían años, cuando invitaban al apartamento, si ellos estaban enfermos, nosotros los visitamos, ellos venían también ellos sí. O sea, eran un ir y venir, porque realmente aquí en Bogotá, ellos no tenían a nadie más con quien compartir, sobre todo Gerardo era más allegado a nosotros, cuando viajábamos cuidaba la casa o es si él necesitaba una cita a mis hijos les sacaban cita, los acompañaban al médico. De hecho, mi hijo menor fue el que lo acompañó en las noches en la clínica en el día don Libardo y en las noches Iván se quedaba con él en el hospital. Fue muy querido aquí por nosotros, ellos han sido muy especiales.

En cuanto a los últimos años de vida, sobre todo acerca de los cuidados de salud de Gerardo Vaca, la testigo sostuvo que:

Sí, señora y yo lo admiraba, yo les hablo, yo lo admiro porque él sí se le escurría. Esto limpiaba, se le hacía en la cama, en el piso, el limpia, o sea, se le veía esa entrega en yo le decía a él, yo lo admiro porque es algo que a uno también lo visualiza el futuro, o sea, esa entrega de él, esa entrega, esas cosas personales de aseo y todo yo sé, las admiraba porque yo cocinaba y les traba las cobijas, lava y todo, pero ya limpiarlo a él, bañarlo, hacer todo lo que él hacía por él y juntos, porque cuando un lugar también tuvo un problema de corazón.

También se recibió el testimonio de la señora Ruth Rodríguez, esposa del sobrino del señor Gerardo Vaca. Sobre los aspectos personales de la pareja, mencionó:

Porque él era el señor Libardo, era el esposo del señor Gerardo Vaca (...) Ellos vinieron aquí a Cali. Venían siempre en los diciembres.

(...)

En 1975 vinieron ellos aquí a Cali y el de allí ellos me vinieron para un diciembre y siguieron viniendo en diciembre.

(...)

A mí me los presentaron como la pareja de él y ellos, cada que venían, se les arreglaba un cuarto para ellos.

(...)

Sí, señora, vino el vino y estuvieron en la casa, vino él y mi hija también fue el funeral con el esposo.

Por último, se recibió la declaración del señor José Libardo Moreno, amigo personal del señor Gerardo Vaca y esposo de la declarante María Elsa Rodríguez, quien advirtió:

Que primero conocí al señor Gerardo acá porque él trabajaba en el edificio de Ecopetrol, en la calle 37-734. La Secretaría de Salud de la Gobernación de Cundinamarca se trasladó a ese edificio en el año 88. Y entonces ahí conocí al señor Gerardo.

(...)

El me invitaba al apartamento, el me invitaba con mi esposa y allá conocí al señor Libardo Silva. Que ellos vivían allí en el barrio Bachué.

(...)

Con el señor Gerardo nos veíamos todos los días de la semana. Y al apartamento de ellos, íbamos cuando había reuniones, ellos nos invitaban a almorzar y nosotros también los invitamos a almorzar a nuestra casa. Cuando había cuando los hijos cumplían años, cuando bautizo, cuando la comunión de mis hijos. Eso, era muy frecuente que ellos iban y nosotros íbamos y compartíamos.

Sobre las causas del fallecimiento de Gerardo Vaca, el señor Moreno informó al despacho:

él estuvo hospitalizado. El primero tuvo dos cirugías en años anteriores de corazón abierto. Y cuando él murió, a él lo hospitalizaron porque tenía problemas de corazón de como de un bypass, algo que le habían colocado en el corazón, y estuvo hospital por unos 15 y 16 días, algo así y ahí fue donde murió.

Finalmente, el testimoniante aclaró que estos se presentaban como pareja y que el señor Libardo se encargó de los cuidados de la salud de Gerardo Vaca en sus últimos años de vida.

Conforme al precedente jurisprudencial aplicable al caso, tenemos que los señores Gerardo Vaca (fallecido) y Libardo Silva Cadena, conformaron una pareja estable, unida por la comunidad de vida, la que en principio por prejuicios que existían en la época, estos a pesar de que comportarse como compañeros permanentes, su manera de reflejarlo ante la gente se manejaba con mucha discreción, evitando el reproche social, posteriormente, en el año 1973, al trasladarse Silva Cadena a la ciudad de Bogotá, iniciaron la convivencia efectiva bajo el mismo techo, circunstancia que declararon los esposos María Elsa Rodríguez y José Libardo Moreno. Igualmente, la señora Ruth Mildred Rodríguez también dio cuenta de esos hechos y de la condición de compañeros.

Como lo ha dicho la Corte, existe comunidad de vida cuando se evidencia un vínculo de apoyo y de acompañamiento sustentando en lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua, los cuales, en el asunto examinado dan muestra clara y conlleva a la certeza que si existió una relación de vida de pareja entre los señores Gerardo Vaca (QEPD) y Libardo Silva Cadena, al menos desde el año 1973, fecha en que ambos se trasladaron a la capital del país desde Palmira- Valle, y el cual, se prolongó hasta el fallecimiento en el año 2020, haciendo un vida de pareja en un término que supera ampliamente el rango de tiempo establecido en el artículo 47 de la ley 100 de 1993.

Vale la pena traer a colación, los motivos que expuso la administradora para negar la prestación. Según la entidad, en la investigación administrativa, se determinó que uno de los familiares, sin indicar el nombre de este, manifestó que entre ambos existía una relación sentimental más no una unión marital de hecho, sin especificar el motivo de tal diferenciación,

y en que apoyaba este la ciencia de dicho. Adicionalmente, se alude a un vecino, sin indicar su nombre, señaló que estos eran amigos, sin tener en cuenta que la pareja siempre trató con prudencia su relación, evitando así el escarnio público, por lo que, resulta lógico que muchas personas, y más que todo aquellas ajenas a su círculo social, no estuviesen enterados de la relación marital existente entre Gerardo Vaca y Libardo Silva.

Finalmente, por tratarse de una pensión de sobrevivencia, con un único beneficiario, deberá reconocérsele a este una pensión mensual, igual al 100% de lo devengado por el pensionado fallecido a partir del 17 de enero de 2020, en cuantía de un salario mínimo legal vigente para cada anualidad hasta que la prestación sea ingresada en nómina.

Por lo antes expuesto, considera la Sala que la decisión tomada por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá estuvo acorde a derecho y a las pruebas aportadas.

4.5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Por otra parte, al ser despachado desfavorablemente el recurso interpuesto, es viable la condena en costas en segunda instancia, en favor del demandante y a cargo de la demandada, fijando como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente al momento en que se liquiden las costas del proceso, de conformidad con lo normado en el numeral 1° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

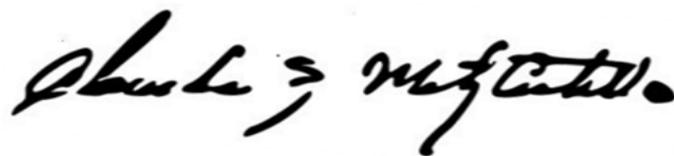
VI. RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Libardo Silva Cadena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la demandada, y en favor del demandante. Líquidense las primeras por el Juzgado de origen. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de 1 SMLMV.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado