

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA** promoviese contra **COLPENSIONES y KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare que a favor de Karen Fernanda Lozano Gómez hoy Karen Fernanda Santacruz Gómez existen en reserva las mesadas pensionales del 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre 2016, en un 50% del valor de la pensión respecto del causante Hernando Lozano Betancourt; y que se debe acrecentar la pensión a su favor pagando el 100% de las mesadas pensionales que quedaron en reserva de Karen Fernanda Santacruz Gómez. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales reservadas en un 50% entre el 01 de enero de 2010 y el 09 de diciembre de 2016 a favor de Karen Fernanda Santacruz Gómez, debidamente indexadas, junto con los correspondientes intereses moratorios. Igualmente, solicita la indexación legal de las mesadas pensionales liquidadas desde el 25 de noviembre de 2006.

## **1.2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta:

- 1) Que mediante la Resolución 7788 de 1990, le fue reconocida una pensión de vejez a Hernando Lozano Betancourt; 2) Ante el fallecimiento de Hernando Lozano Betancourt, le fue reconocida pensión de sobrevivientes a Giovanny y Karen Fernanda Lozano Gómez en calidad de hijos, quedando en disputa el porcentaje correspondiente a la cónyuge y/o compañera permanente; 3) La proporción de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de Karen Lozano Gómez se acrecentó al cumplimiento de la mayoría de edad de Giovanny Lozano Gómez; 4) Karen Lozano Gómez recibió pensión hasta el 01 de enero de 2010 por cuanto no aportó certificados de estudio; 5) Le fue asignado el 50% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Hernando Lozano Betancourt, por orden judicial (sentencia del 22 de febrero de 2017 de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral); 6) Colpensiones dio cumplimiento a la orden judicial mediante la Resolución SUB 104087 de 2018, no obstante, las mesadas no se reconocieron debidamente indexadas; 7) Mediante

sentencia del 16 de febrero de 2009 se aprobó la adopción de Karen Fernanda Lozano Gómez por parte de Ángel Walter Santacruz Mosquera, por lo que actualmente su nombre es Karen Fernanda Santacruz Gómez; 8) Karen Fernanda Santacruz Gómez adelantó estudios en la Universidad Autónoma de Colombia, no obstante, no aportó los correspondientes certificados de estudio a Colpensiones; 9) Que ante la falta de aportación de documentos que certificaran los estudios por parte de Karen Fernanda Santacruz Gómez se debió acrecentar su pensión en un 100%; y 10) La vía gubernativa y la interrupción de la prescripción quedó agotada con la Resolución SUB 186071 de 2018.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 58 a 67), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Expuso que operó el fenómeno de la cosa juzgada, como quiera que en sentencia del 22 de febrero de 2017, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en sede instancia condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago del 50% de la pensión que venía disfrutando en vida Hernando Lozano Betancourt, a partir del 03 de marzo de 1994, y dispuso que el porcentaje de la pensión se debía acrecentar cuando los hijos menores dejaran de disfrutar el porcentaje que les corresponde.

Por su parte, **KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ** (fls. 78 a 82), no se opuso a las pretensiones de la demanda; no propuso excepciones.

Demandante: **MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ.**

Adujo que el Decreto 1889 de 1994 establece que, a falta de hijos con derecho, o cuando su derecho se pierda, o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o a la compañera permanente del causante; y que perdió o se le extinguió el derecho, por lo que se debió acrecentar el porcentaje pensional de MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO. – CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del acrecimiento de la mesada pensional en un 100% a favor de la actora a partir del 01 de enero de 2010, y en consecuencia deberá COLPENSIONES pagar a la demandante las mesadas pensionales que se encuentran en reserva desde el 01 de enero de 2000 (sic) hasta el 09 de diciembre de 2010 (sic), en favor de la señora MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA en calidad de deberán ser canceladas en forma indexada.

**SEGUNDO. – ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

**TERCERO. – DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción y probada la de inexistencia del derecho y de la obligación.

**CUARTO. – Sin costas** en esta instancia ante su no causación.

En síntesis, el A Quo indicó que KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ cumplió la mayoría de edad 09 de diciembre de 2009, fecha a partir de la que debía acreditar su calidad de estudiante, lo que no se demostró; afirmó además que KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ perdió su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, ya que fue adoptada por Ángel Walter Santacruz Mosquera, a partir del 12 de diciembre de 2008; que si bien la pensión se trata de un derecho irrenunciable, la adopción genera un parentesco civil que se extiende en todas las líneas y grados consanguíneos, dejando de pertenecer al grupo familiar del causante; y que por lo anterior, es procedente el



retroactivo solicitado por la demandante desde el 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre de 2016.

Adujo que no hay lugar a intereses moratorios, ya que la negativa de Colpensiones se encuentra debidamente justificada, por cuanto las mesadas pensionales estaban en reserva, y en espera de que la actora acreditara las condiciones legales para su pago; y que no obstante lo anterior, ante la pérdida del poder adquisitivo del dinero, es necesario que el retroactivo se pague debidamente indexado.

Señaló que frente a los intereses moratorios de los valores reconocidos por Colpensiones en cumplimiento de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 22 de febrero de 2017, dicha Corporación adujo que no era procedente su pago; y que la indexación de los anteriores valores, fueron objeto de pedimento en el proceso que se tramitó ante la Corte Suprema de Justicia, por lo que debió ser objeto de impugnación, si no se procedió a su reconocimiento.

En último término expuso, que el derecho al acrecimiento de las mesadas pensionales se hizo exigible el 15 de junio de 2018, data en la que la actora renunció al acrecimiento de sus mesadas pensionales, por lo que al elevarse demanda el 14 de febrero de 2019 no transcurrió el término de tres años para considerar que operó el fenómeno prescriptivo.

#### **IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.**

**LA PARTE ACTORA**, expuso que los intereses moratorios deben causarse desde el momento en que Colpensiones tuvo la posibilidad de pagar, esto es, a partir del 02 de enero de 2010, pues si bien la señora Karen Fernanda Santacruz Gómez no cumplió con los requisitos para seguir gozando de su pensión de sobrevivientes, y estos dineros quedaron en reserva, se debió

efectuar el pago inmediatamente a la demandante; y que en todo caso, a partir del 09 de diciembre de 2016, no había razón para que los dineros fueran retenidos ilegalmente por Colpensiones.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar en vía de consulta, si es dable reconocer a favor de María Amparo Gómez Vera el retroactivo pensional causado del 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre

de 2019 que tiene en reserva Colpensiones, con ocasión a que su hija Karen Fernanda Santacruz Gómez cumplió la mayoría de edad y no acreditó su calidad de estudiante; en vía del recurso del alzada debe analizarse la procedencia de los intereses moratorios y desde cuándo deben ser reconocidos.

### **Del acrecimiento pensional.**

La figura del acrecimiento pensional se configura cuando el beneficiario de una pensión de sobrevivientes tiene el derecho compartido con otros beneficiarios y su mesada pensional se ve aumentada como consecuencia del fallecimiento, expiración o pérdida del derecho de otro de los beneficiarios. Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1803-2018 reiterada en la SL2131-2021, señaló:

*“Al respecto, debe recordarse que en otras decisiones (ver sentencia CSJ SL6079-2014), esta Sala ha indicado que en la pensión de sobrevivientes, aunque su disfrute puede estar dividido entre diferentes beneficiarios, responde a un mismo y único derecho, de manera que el acrecimiento «(...) no tiene independencia frente a la pensión de sobrevivientes que le da vida (...)» y «(...) por definición no es más que la posibilidad de ampliar un derecho ya reconocido y no el otorgamiento de uno nuevo que, por lo mismo, pueda pensarse de manera totalmente autónoma.»*

Lo anterior se acompasa con el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994 que dispone:

**“ARTICULO 8o. DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

**A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.**

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

Demandante: **MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ.**

3. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, en el régimen de prima media con prestación definida y en el sistema general de riesgos profesionales, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos con derecho por partes iguales, y en el régimen de ahorro individual los recursos de la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

**PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.**

**PARAGRAFO 2o.** La extinción del derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes.

Igual disposición se aplicará para los beneficiarios descritos en el numeral 2o.

**PARAGRAFO 3o.** Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos sucesorales a que haya lugar". (Subrayado y Negrillas por la Sala).

Así mismo, de la sentencia SL9003-2016 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, es dable inferir que ante la falta de acreditación de la calidad de estudiante de una hija beneficiaria es posible acrecer la pensión de sobrevivientes de los demás beneficiarios de la prestación:

"En consecuencia, se revocará la decisión del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín del 26 de marzo de 2010, para en su lugar condenar al Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones,- Colpensiones, a reconocer a Luzmila Henao López en calidad de cónyuge y en representación de su hijo menor J.M.H., la suma de \$102.512.098.13, por concepto de mesadas atrasadas de la pensión de sobrevivientes causadas por la muerte de su cónyuge y padre Jorge Nelson Morales López, en proporción del 50% para cada uno desde el 16 de marzo de 2006 hasta el 2 de agosto de 2011, **fecha esta en la que el menor cumplió la mayoría de edad sin acreditar los requisitos exigidos por la ley para continuar devengándola hasta los 25 años de edad. Por tanto, la cuota parte que correspondía al menor acrecentará la de su progenitora, quien en consecuencia deberá recibir el 100% de la pensión desde el 2 de agosto de 2011**". (Negrillas por la Sala).

## **V. DEL CASO CONCRETO.**

De lo probado en el proceso.

- i) Karen Fernanda Lozano Gómez nació el 09 de diciembre de 1991 (fl.11).

- ii) Mediante Resolución 7788 de 1990, el I.S.S. le reconoció al señor Hernando Lozano Betancourt pensión de vejez (fl. 30).
- iii) Con ocasión del fallecimiento de Hernando Lozano Betancourt, a través de la Resolución 10237 de 1994, el I.S.S. le reconoció pensión de sobrevivientes a Marina Bermúdez de Lozano en calidad de cónyuge en un porcentaje del 50% de la pensión del señor Lozano, y a favor de Harold Giovanni y Karen Fernanda Lozano Gómez un 25% a favor de cada uno de ellos, en su calidad de hijos (fl.30).
- iv) A través de la Resolución 1393 de 1995, el I.S.S. decidió suspender el reconocimiento del 50% de la pensión que en vida gozaba el causante, en virtud del recurso de reposición que impetró María Amparo Gómez Vera (fl.30); decisión que se confirmó mediante la Resolución 929 de 1996 (fls. 41 a 45).
- v) El 16 de febrero de 2009, el Juzgado 22 de Familia de Bogotá decretó la entrega por adopción de Karen Fernanda Lozano Gómez a Ángel Walter Santacruz Mosquera; que tal adopción surtía efectos desde el 12 de diciembre de 2008; y que Karen Fernanda Lozano Gómez adoptaba el nombre de Karen Fernanda Santacruz Gómez (fls. 12 a 15).
- vi) Mediante sentencia del 22 de febrero de 2017, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (**SL2444-2017**), ordenó a Colpensiones el reconocimiento a favor de María Amparo Gómez Vera de la pensión que venía disfrutando en vida Hernando Lozano Betancourt, a partir del 03 de marzo de 1994, en cuantía de un 50%. Igualmente, declaró que su derecho se acrecerá cuando los hijos menores dejen de disfrutar el porcentaje que les corresponde y operaba la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2006 (fls. 18 a 28).

- vii) En cumplimiento de la sentencia SL2444-2017, Colpensiones mediante la Resolución SUB 104087 de 2018, reconoció a la actora pensión de sobrevivientes, a partir del 25 de noviembre de 2006 (fls. 29 a 34).
- viii) El 15 de junio de 2018, Karen Fernanda Santacruz Gómez renunció a la pensión de sobrevivientes y solicitó que se acreciera la mesada pensional de la actora (fls. 48 y 49); petición que fue denegada, a través de la Resolución 186071 de 2018, en la medida que no existía declaración de la solicitante referente a que no se encontraba estudiando (fls. 36 a 40).

De conformidad con lo anterior, y al margen de la discusión que puede surgir frente a la pérdida del porcentaje de la pensión de sobrevivientes que le fuere sustituida por el señor Hernando Lozano Gómez a Karen Fernanda Santacruz Gómez en consideración a la adopción realizada por el señor Ángel Walter Santacruz Mosquera, por cuanto y según las voces del artículo 64 de la Ley 1098 de 2006, el hijo adoptado adquiere con el adoptante los derechos y obligaciones de padre e hijo, la adopción establece un parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, y el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, lo cierto es que la prestación se dejó de reconocer a favor de Karen Fernanda Santacruz Gómez por cuanto cumplió la mayoría de edad el 09 de diciembre de 2009, nótese como en la Resolución SUB 104087 de 2018 se dispuso:

“Que una vez verificado el aplicativo de nómina se evidencia que la joven KAREN FERNANDA LOZANO GÓMEZ identificada con T.I. No. 91120904073, fue suspendida de nómina en el mes de enero de 2010.

Que KAREN FERNANDA LOZANO GÓMEZ identificada con T.I. No. 9112094073, nació el día 09 de diciembre de 1991, según registro civil de nacimiento obrante en el expediente administrativo.

Demandante: **MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ.**

De acuerdo a lo anterior es pertinente dejar en reserva el porcentaje del 50% desde el 01 de enero de 2010 hasta el 09 de diciembre de 2016, a favor de KAREN FERNANDA LOZANO GÓMEZ identificada con T.I. No. 9112094073, hasta tanto allegue a esta entidad certificados de estudios, estableciendo la intensidad horaria de conformidad con la Ley 1574 de 2012, la cual regula la condición de hijo estudiante, así como la fotocopia de cedula de ciudadanía.

En caso de que KAREN FERNANDA LOZANO GÓMEZ identificada con T.I. No. 9112094073, no haya realizado estudios posteriores al 01 de enero de 2010, es pertinente que allegue a esta entidad declaración extra juicio donde indique que después de su mayoría de edad no realizó ningún tipo de estudio, con el fin de acrecentar la pensión de sobrevivientes a las demás personas que continúen con el derecho”.

Dicho lo anterior, tenemos que el artículo 8° establece la posibilidad de acrecer la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge o compañera permanente a falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, por lo que se para determinar en qué momento un hijo pierde o se le extingue el derecho, es menester acudir al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, norma que establece:

**“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...) c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, este es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay *invalidez* se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;”

Conforme a la norma transcrita, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: los hijos menores; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante, siempre y cuando acrediten su condición de

estudiantes; y los hijos en condición de invalidez que dependía del causante, mientras subsistan las condiciones de la invalidez.

En el sub lite, está acreditado que KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ el día 09 de diciembre de 2009, cumplió la mayoría de edad, por lo que para seguir siendo beneficiaria de la pensión de sobrevivientes debía allegar los correspondientes soportes de estudios superiores, no obstante, por no acreditar la condición anterior, el derecho a su favor se extinguió, por lo que en consecuencia debía acrecer el valor de la pensión de MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA, quien disfrutaba de un 50% de la prestación en su calidad de compañera permanente del causante; recuérdese que conforme a lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (SL1803-2018), si bien el disfrute de la pensión de sobrevivientes puede estar dividido entre diferentes beneficiarios, responde a un mismo y único derecho, por lo que al abstenerse KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ de acreditar su condición de estudiante, perdió su calidad de beneficiaria, y por ende la pensión se debió acrecentar a favor de MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA.

De esta manera, resulta viable el reconocimiento del retroactivo solicitado del 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre de 2016, por lo que se procede en grado jurisdiccional de consulta a estudiar si operó el fenómeno de la cosa juzgada.

#### **De la cosa juzgada.**

Sobre la cosa juzgada se hace necesario rememorar que es una institución jurídico procesal mediante la que se les otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Al respecto, el inciso 1° del artículo 303 del C.G.P. establece:



**“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

En interpretación de dicha norma, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha explicado que la fuerza de la cosa juzgada se presenta cuando un nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos hay identidad jurídica de partes. Lo dicho, conforme a las sentencias del 23 de octubre 2012, Rad. 39366, reiterada el 24 de junio de 2015, Rad. 54726 y en la SL1881-2021:

“Puestas así las cosas, importa previamente recordar que la fuerza de la cosa juzgada --denominada también ‘*res iudicata*’-- se impone por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de las sentencias ejecutoriadas proferidas en procesos contenciosos, cuando quiera que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto (*eadem res*), se funda en la misma causa que aquél donde se profirió la sentencia (*eadem causa petendī*) y entre ambos hay identidad jurídica de partes (*eadem conditio personarum -- eadem personae*).

Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de ‘*definitividad*’ e ‘*inmutabilidad*’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.

Pero para que la cosa juzgada adquiriera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan”.

De esta manera, las sentencias o providencias dictadas en procesos ordinarios laborales debidamente ejecutoriadas, quedan revestidas por la fuerza de la cosa juzgada, esto es, por la imposibilidad de discutir y, mucho menos, enervar sus efectos dentro de un nuevo proceso, con tal suerte que una sentencia judicial en firme no sólo queda amparada por la doble presunción

de acierto y legalidad, sino que además adquiere las características de definitividad e inmutabilidad.

Descendiendo al caso, encontramos que si bien no se allegó al plenario la correspondiente demanda del proceso ordinario laboral que instauró MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA para que le fuera reconocida pensión de sobrevivientes, en el expediente obra la sentencia SL2444-2017 con la que se definió su situación jurídica y se le reconoció una pensión de sobrevivientes. En la aludida providencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 22 de febrero de 2017 (SL2444-2017), estableció:

“Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, condenar a la entidad demandada a pagar a la señora María Amparo Gómez Vera la sustitución de la pensión que venía disfrutando en vida el señor Hernando Lozano Betancourt, a partir del 3 de marzo de 1994, momento del fallecimiento, en cuantía del 50% del monto otorgado al citado, incluidas las mesadas causadas, derecho que acrecerá cuando los hijos menores dejen de disfrutar el porcentaje que les corresponde. Se declarará probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2006 y se absolverá de las demás pretensiones de la citada, así como de las formuladas por la señora Marina Bermúdez de Lozano”.

Ahora bien, y sentadas las anteriores premisas, encontramos que en la providencia SL2444-2017 quien fungió como demandante fue MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA, y que el demandado fue el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, mismas partes de este proceso, por lo que, existe identidad de partes.

En cuanto a la identidad de objeto, encuentra la Sala que en el proceso que desató la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SL2444-2017, se reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la aquí demandante en cuantía de un 50%, declaración que al ser fructífera lleva implícitamente el acrecimiento de su pensión en caso de extinción del porcentaje del valor de la pensión de sobrevivientes que tengan los demás beneficiarios, pues se

reconoce por mandato legal. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1387-2021, adujo:

“En torno al derecho al acrecimiento de la mesada pensional en tratándose de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la extinción del derecho de uno de los beneficiarios y la consecuente posibilidad de ampliar un derecho ya reconocido, esta corporación en la decisión CSJ SL6079-2014 enseñó:

Para dilucidarse el problema debe tenerse en cuenta que el acrecimiento pensional está ligado de manera necesaria a la estructuración de una pensión de sobrevivientes y a la acreditación de la condición de beneficiario de la misma. Por ello, a falta de dichos presupuestos, los aumentos que se piden por la pérdida del derecho de otro beneficiario son un imposible lógico, pues solo es dable incrementar algo que ya existe jurídicamente.

Como consecuencia, para la Corte el acrecimiento no tiene independencia frente a la pensión de sobrevivientes que le da vida, como pareció entenderlo el juzgador de segundo grado, pues, entre otras, por definición no es más que la posibilidad de ampliar un derecho ya reconocido y no el otorgamiento de uno nuevo que, por lo mismo, pueda pensarse de manera totalmente autónoma.

En tales condiciones, se reitera, la norma llamada a definir el reconocimiento de un acrecimiento pensional no es la vigente para la fecha en la que se verifica la pérdida del derecho de alguno de los beneficiarios, sino la misma que gobierna la pensión de sobrevivientes dentro de la cual opera tanto la extinción de una proporción de la prestación como el incremento consecencial de otra.

Dicha norma, de otro lado, según lo ha señalado la Sala de manera reiterada, no es otra diferente a la que tiene vigencia para la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado, de manera tal que, con arreglo a la misma, tanto para los beneficiarios como para la entidad de seguridad social que tiene a su cargo el reconocimiento de la prestación, se genera una situación jurídica que en sus condiciones esenciales no es susceptible de modificación.

En otros términos, las reglas vigentes para el momento en el que ocurre el deceso del afiliado o pensionado, que determinan la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes así como sus beneficiarios, conforman un estatuto normativo que debe regir los destinos de la prestación hasta su extinción definitiva, en todos aquellos derechos y beneficios que le son consustanciales.

**Así resulta claro que el acrecimiento de la mesada pensional de la actora opera por imperio de la ley, al haberse extinguido el derecho reconocido a favor de las hijas del causante, como en efecto lo reconoció la pasiva mediante comunicación GPE-20153130049521 del 7 de abril de 2015 (f.140), en la que atendiendo a la solicitud que hiciere la demandante con radicado No. 2015220002567-2 del 2 de febrero de 2015 (f. 139) dispuso que la mesada de aquella ascendiera al 100%, aun cuando lo hizo solo a partir del mes de abril de 2015 (...).” (Negrillas por la Sala).**

Conforme lo anterior, sería del caso establecer que existe identidad de objeto sino fuera porque en este proceso se encuentran hechos nuevos, como lo son, la pérdida de la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ y la negativa de la entidad de reconocer la prestación; situación que se ajusta a lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia reseñada (SL1387-2021), en la que estableció en un caso de similares características:

“En lo correspondiente a las pretensiones, aprecia la Sala que dichos libelos en apariencia persiguen el mismo objeto, esto es, el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la compañera, derivada del fallecimiento de José Joaquín Parra; sin embargo el que actualmente ocupa la atención de la Sala se enfoca en el pago de dicha prestación luego de la sentencia que reconociera a la demandante como beneficiaria de la misma, en atención a que el Fondo demandado no advirtió que el 50% de la mesada tal y como se le reconoció a ella, estaba condicionada a que las hijas del causante cumplieran la mayoría de edad, suceso que valga la pena anotar, para la fecha del fallo ya había ocurrido.

Así las cosas, se puede decir que hubo cosa juzgada pero solo en relación con la declaración de que la sustitución pensional a favor de Castaño Hidalgo opera desde mayo de 2002 en virtud de la prosperidad parcial de la excepción de prescripción. Fenómeno que, en relación con el pago de las mesadas a partir de esa data, no puede pregonarse, a pesar de que hay identidad de causa y partes, pues se insiste, el objeto es distinto, cuando pretende que se le reconozca y pague el otro 50% por razón de acrecentarse su pensión de sobrevivientes ante la extinción del derecho a favor de las hijas del causante, aun cuando la parte actora en esta acción pretenda el pago de mesadas desde una fecha anterior.

Sea oportuno señalar que a pesar de que la demandante hubiera podido acudir a un proceso ejecutivo en procura del pago de su acreencia, dada la falta de condena expresa en la sentencia en el sentido de que la prestación a su favor sería del 100% cuando se extinguiera el derecho de las otras beneficiarias, se vio en consecuencia abocada a instaurar el presente proceso.

Ahora bien, no se trata en manera alguna de desconocer la firmeza de las providencias judiciales con las que se garantiza la seguridad jurídica a los asociados, sino de advertir la falta de resolución sobre el otro 50% por virtud del acrecimiento de la mesada en favor de la actora y no del incumplimiento de las mismas.

Por manera que resulta palmario que aun cuando el derecho al reconocimiento de la mesada pensional a favor de la actora, en calidad de beneficiaria de la prestación pensional como compañera permanente del causante, se definió en la primera de las acciones y su acrecimiento opera por ministerio de la ley, la presencia de hechos nuevos, derivados de la extinción del derecho en cabeza de las otras beneficiarias, así como el

desconocimiento de los mismos por parte del Fondo con fundamento en que la sentencia del proceso anterior, no hizo explícito el reconocimiento del 100% de la mesada pensional causada a favor de la aquí demandante, habilitan a la actora a acudir al ejercicio de la presente acción y su correspondiente definición por parte de la justicia laboral.

Así las cosas, se quebrará la providencia, por ser evidente el error del sentenciador”.

Por tanto, y ante la inexistencia de identidad de objeto, se considera que no operó el fenómeno de la cosa juzgada, y en consecuencia se procederá a estudiar si operó el fenómeno extintivo de la prescripción frente al retroactivo requerido.

### **De la prescripción.**

La finalidad de la prescripción no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En ese orden de ideas, el paso del tiempo extingue el derecho o la obligación, en razón a que la persona interesada no ejerce el derecho dentro del tiempo estipulado por la ley. En materia laboral, el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., dispone:

**“ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

En el caso objeto de estudio, encontramos que a la actora se le declaró el estatus de pensionada por sobrevivientes de Hernando Lozano Betancourt, cuando se decidió por parte de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dicha calidad a través de la sentencia SL2444-2017, sentencia que data del 22 de febrero de 2017, por lo que previo al reconocimiento de tal estatus la actora estaba impedida para solicitar un reajuste en su pensión, como lo es, el que se causa por el acrecimiento al extinguirse el derecho de algún otro beneficiario.

Por tanto, y dado que se demandó el 14 de enero de 2019 (fl.54), esto es, dentro de los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. considera la Sala que no operó el fenómeno prescriptivo sobre el retroactivo pretendido.

Por ende, sería del caso confirmar el reconocimiento de las mesadas pensionales que se encuentran en reserva y que fueron declaradas por la A Quo, sino fuera porque en la parte resolutive de la sentencia se estableció que las mesadas que se encontraban en reserva por parte de COLPENSIONES eran las del 01 de enero de 2000 al 09 de diciembre de 2010, cuando lo cierto es - y como se fundamentó por parte de la juez de conocimiento en la parte motiva de su sentencia - que datan del 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre de 2016. Por tanto, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que COLPENSIONES debe pagar las mesadas pensionales que se encuentran en reserva desde el 01 de enero de 2010 hasta el 09 de diciembre de 2016.

#### **De los intereses moratorios y la indexación:**

Los intereses moratorios se encuentran consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de vejez.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su

postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

Igualmente, la misma corporación ha sido pacífica en manifestar que no hay lugar a imponer la condena por intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 cuando lo pretendido es la reliquidación pensional, (sentencias SL2662-2019 y CSJ SL735-2018). En relación el acrecimiento en sentencia 1624-2021, señaló:

“Finalmente, la pretensión relativa al pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, resulta improcedente, como quiera que lo ordenado corresponde al acrecimiento de la mesada pensional, que implica solamente un mayor valor a pagar por dicho concepto, esto es, un reajuste de la cuantía de la prestación, y en estos eventos, la Corte ha considerado que no opera el reconocimiento de intereses como los reclamados, tal como se consagró en las sentencias CSJ SL, 6 de dic. 2011, rad. 30852 y CSJ SL17725-2017, reiteradas en CSJ SL5079-2018. En subsidio, se dispondrá el pago indexado de las sumas adeudadas”.

Así las cosas, y de conformidad con las sentencias transcritas, la Sala acompaña la sentencia de primer grado al considerar que no hay lugar a intereses moratorios por estar frente al acrecimiento de una prestación, lo que constituye únicamente que a favor de la accionante se pague un mayor valor.

De igual manera se comparte la decisión del A Quo de reconocer el 50% de las mesadas del 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre de 2016 debidamente indexadas al momento en que se haga efectivo su pago, pues su valor se podría ver sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

## **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

## **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de establecer que las mesadas pensionales que se encuentran en reserva por parte **COLPENSIONES** datan del 01 de enero de 2010 al 09 de diciembre de 2016.

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

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

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2019-00032 -01

Demandante: **MARÍA AMPARO GÓMEZ VERA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y KAREN FERNANDA SANTACRUZ GÓMEZ.**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de 500.000.00 a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **HUGO SUÁREZ CAIPA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Pretensiones.**

La parte demandante aspira a que se reconozca y pague el incremento adicional de la pensión del 14% sobre el SMLMV por

su cónyuge, valores que deben actualizarse con base en el IPC correspondiente desde la fecha en que adquirió el estatus pensional, esto es 3 de marzo de 2013, hasta su inclusión en nómina, ello por 14 mensualidades al año, junto con el correspondiente retroactivo; así mismo deprecia el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes

### **1.2. Hechos:**

1) Nació el 3 de marzo de 1952; 2) Contrajo matrimonio con Noemí Bustamante de Suárez por el rito del matrimonio católico el 8 de diciembre de 1979; 3) Desde dicha data han convivido en forma permanente e ininterrumpida; 4) De dicha unión procrearon dos hijas mayores de edad; 5) Fue pensionado por Colpensiones mediante Resolución GNR 237550 del 23 de septiembre de 2013, con reconocimiento a partir del 3 de agosto de la misma anualidad; 6) La señora Noemí Bustamante de Suárez durante toda su vida no ha laborado ni ha hecho aportes para efectos pensionales; 7) Es el encargado de solventar todos los gastos de su hogar, ya que su esposa no cuenta con pensión de vejez y depende económicamente de él; 8) Tiene derecho a que Colpensiones le reajuste su mesada pensional en virtud a lo establecido en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; 9) Es beneficiario del régimen de transición y su pensión le fue reconocida conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990; 10) Presentó derecho de petición ante Colpensiones el 30/06/2016 solicitando el reajuste de su mesada pensional, pero dicha entidad negó lo pretendido.

### **Actuación Procesal.**

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES** (fls. 41-53 y 57-76), dio respuesta al libelo genitor, oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

Expuso, en síntesis, que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 que regularon lo atinente al monto que debe integrar las pensiones de vejez e invalidez, respectivamente, nada dispusieron respecto a los incrementos que consagraba la legislación anterior, es decir, dichos artículos generaron una nueva regla con respecto al momento de dichas prestaciones, la cual rige a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, quedando derogada - tácitamente - la regla anterior que consagraba una disposición no amparada con la implementación de la transición.

Adujo que, frente a los usuarios que tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en tal virtud pueden pensionarse con base en la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto de la pensión establecidos en el régimen anterior, aclarando que la aplicación del Decreto 758 de 1990 se da exclusivamente respecto de los factores mencionados, sin que sea posible que el beneficio se extienda a factores diferentes y menos a otras prestaciones, como lo son los incrementos.

Indicó que, se presenta una extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 por personas a cargo por el acaecimiento de la prescripción, al haberse cumplido el plazo trienal establecido en la ley.

Concluyó diciendo que la negativa al reconocimiento y pago del incremento pensional se encuentra justificada legal y jurisprudencialmente, pues el demandante carece de soporte

jurídico que le de vocación de prosperidad a sus peticiones, por las siguientes razones: (i) por expresa disposición del artículo 289 de la Ley 100 de 1993 se derogó cualquier disposición normativa que contraviniera lo establecido en el Sistema General de Pensiones, esto es, una derogatoria tácita del incremento, (ii) el incremento pensional nunca fue monto de cotización por parte del afiliado o su empleador al momento de realizar la cotización al sistema y tampoco fue elemento constitutivo de salario para la conformación del IBL o parte integral de la pensión, entonces los mismos dejaron de existir a la vida jurídica, y (iii) es próspera la excepción de prescripción.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que conforme la Resolución No. GNR 237550 que Colpensiones, al actor se le reconoció a una pensión de vejez a partir del 3 de agosto de 2013 y para el efecto allí se aplicó el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año.

Reseño la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual los incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 conservan su vigencia para quienes fueron pensionados por vejez o invalidez en aplicación del Acuerdo que los consagra, en la medida en que, como no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, se deben considerara como parte del régimen de prima media con prestación definida al tenor del artículo 36, que rige para quienes son pensionados por invalidez o vejez ya sea por virtud propia o por el régimen de transición.

Advirtió que la Corte Constitucional en sentencias T-456 de 2018 y SU 140 de 2019 estableció que, salvo que se trate de pensiones adquiridas con anterioridad a la entrada en vigencia

de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria, sin perjuicio de que los mismos resultaran incompatible con el artículo 20 de la Constitución Política.

Argumentó que, pese a haber acogido la postura de la Corte Suprema de Justicia en ocasiones anteriores, al revisar nuevamente la consideraciones dadas por la Corte Constitucional, el despacho acogió tal criterio al encontrarlo acorde a los fines del Sistema General de Seguridad Social, en particular de las reformas gestadas desde 1993 con la expedición del régimen general de pensiones, según el cual, los incrementos pensionales sólo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994.

Dijo que, para el caso particular, como quiera que el actor adquirió su derecho a la pensión con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, norma que derogó de manera orgánica el incremento solicitado, se debe exonerar a Colpensiones de dicha pretensión, así como de las demás solicitadas.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante, por intermedio de su apoderado expuso, en primer lugar, que al condenarlo en costas se constituye una manera de impedir el acceso a la justicia toda vez que no se ha hablado de mala fe u obstaculización de la justicia, ni mucho menos se trata el tema de una forma no ajustada a la ética o el derecho.

Expuso que todos los Tribunales han sido pacíficos en aceptar que el 14% no fue derogado ni modificado por la Ley 100 de 1993 tratándose de personas que reunían el régimen de transición, y en este caso no existe duda de que el accionante es beneficiario del mismo, tampoco se puso en duda la dependencia

económica de la señora Noemi frente al actor, por lo que se reúnen los requisitos y la necesidad de que este reajuste del 14% le sea reconocido.

Adujo que, si bien es cierto la sentencia de unificación de la H. Corte Constitucional constituye un precedente jurisprudencial, también en cierto que estamos frente a la justicia ordinaria y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha modificado su precepto ni su jurisprudencia respecto del otorgamiento de este derecho pensional.

De otro lado, mencionó que, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición constituye un derecho adquirido, el cual no puede ser modificado ni por la justicia constitucional ni por la ordinaria, toda vez que ya forma parte del patrimonio personal del actor, el cual ingresó el 1° de abril de 1994 al ser beneficiario del mentado régimen y por ello, no hay duda que el derecho de pensión lo adquirió antes de expirar la Ley 100 de 1993, esto es a 31 de diciembre de 2014, pues quedó inmerso su patrimonio personalísimo que siempre irá con el accionante por el resto de su vida.

Concluyó diciendo que, se encuentra probado el beneficio y no se encontró otro argumento más que la posición de la Corte Constitucional, lo que conlleva a que se esté violando el debido proceso, pues se trata de una justicia vertical, cuyo órgano de cierre es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual, mientras esa Corporación no modifique su posición esta sigue vigente y el régimen de transición le pertenece al demandante, además, deben revisarse las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la decisión de la Corte Constitucional.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 18 de enero del 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 24 de mayo de 2021, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en demanda y contestación, así como en el recurso interpuesto.

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

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?

### **De los incrementos pensionales por personas a cargo**

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del



Acuerdo 049 del mismo año continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un asunto que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1º de abril de 1994 y, por ende, llegaron a

adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

## **VI. DEL CASO CONCRETO**

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución GNR 237550 del 23 de septiembre de 2013, obrante a folios 10-12 y 68 del plenario.

Consecuentemente, estando probado en el proceso que el demandante es pensionado en el riesgo de vejez con base en el Acuerdo 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994, debe concluirse necesariamente que no le asiste el derecho al incremento pensional por personas a cargo que reclama con fundamento en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; lo anterior, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, pues al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne

las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de justicia incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

Así las cosas, se tiene que como el demandante goza actualmente de una pensión de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994 resulta claro nítido que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

En esta instancia no se causaron costas.

## **VII. DECISIÓN**

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

Código Único de Identificación: 11001310500920190014201

Demandante: **HUGO SUÁREZ CAIPA**

Demandado: **COLPENSIONES**

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada.**

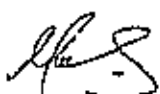
**SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia**

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11001310501020180059101  
Demandante: **DIANA MARCELA IZQUIERDO JARAMILLO**  
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**II. ASUNTO**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, y a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que DIANA MARCELA IZQUIERDO JARAMILLO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende declarar la “nulidad” del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. con fecha 1° de agosto de 1996 y como consecuencia de ello, condenar a Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la accionante, tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como ordenar a Colpensiones a recibirla como afiliada.

De manera subsidiaria, deprecia se declare la ineficacia de dicho traslado

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Estuvo afiliada al ISS desde el 8 de junio de 1989 hasta el mes de mayo de 1995; 2) Se trasladó a Porvenir S.A. con fecha de efectividad 1° de agosto de 1996; 3) Al momento de su traslado a Porvenir S.A. no fue asesorada o informada por ese fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, sus beneficios, riesgos, desventajas y en general sobre las implicaciones del traslado en sus derechos pensionales; 4) Porvenir S.A., al momento del traslado no la asesoró respecto al régimen que más le convenía, tampoco le informó cuál debía ser el capital que debía acumular en su cuenta, que no todo el aporte mensual hecho iría a su cuenta, la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional, el derecho de retracto, el monto de su pensión y como se liquidaría, las condiciones para pensionarse anticipadamente, ni tampoco le hizo proyecciones futuras de su pensión; 5) Porvenir S.A. tenía una responsabilidad de carácter profesional, que le imponía el deber de asesoría eficaz; 6) Radicó petición ante Colpensiones el 7 de septiembre de 2018, solicitando el traslado de régimen, la cual fue rechazada; 7) Actualmente se encuentra vinculada y cotizando a Colfondos S.A.

#### **2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 101-113), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que el traslado realizado por la actora el día 1° de agosto de 1996 a la AFP Porvenir S.A. se presume, no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 la Ley 100 de 1993, sino completamente válido y la afirmación del vicio del consentimiento acaecido en el trámite del traslado con la AFP del RAIS alegado por la demandante, deberá probarse en el desarrollo del proceso.

Expuso que, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la accionante no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que cuenta con 54 años.

Finalizó aduciendo que la eventual afiliación de la demandante al régimen de prima media, el traslado de los aportes y la actualización de su historia laboral depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la pretensión de declaratoria de afiliación al RAIS efectuado a la AFP Porvenir S.A.

**COLFONDOS S.A.** (fls. 140-155) se opuso a las pretensiones contra esta presentadas, proponiendo como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.

Arguyó que la existencia del deber de asesoría se da solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, siendo claro que el deber legal de las AFP de poner a disposición de los afiliados las herramientas que les permitan conocer las consecuencias de su traslado, para traslado realizados por fuera de la entrada en vigencia de dichas normas no se les puede exigir que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

Indicó que Colfondos S.A. informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo cual ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación en tres oportunidades, la

demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Expuso que, para que exista una causal de nacimiento para la inversión de la carga de la prueba, se debe dar una disminución protuberante en las posibilidades de defensa de la parte demandante, sin embargo, ello no acontece en el presente caso, pues esa entidad aportó documentos de peso, como es el formulario de afiliación que incluye la firma de la actora, el artículo del periódico El Tiempo y comunicados que mantienen informados a sus afiliados acerca de las distintas alternativas de ahorro, los cambios normativos y toda la información relevante en materia de seguridad social, los que configuran un hecho notorio, además que la demandante contaba con los canales informativos que posee esa entidad, los cuales no fueron consultados por la actora.

Adujo, frente a la ineficacia, que conforme los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, como elementos que dieran lugar a la ineficacia, en primer lugar sería que la suscripción de vinculación no proviniera del afiliado, lo que no se presenta en este caso pues la accionante de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación con Colfondos, en segundo lugar, que la afiliación se hubiese efectuado bajo presión o coacción, situación que tampoco se presenta ya que, como se desprende de la solicitud de vinculación suscrita por la actora, dicha afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción, como que plasmado en señal de aceptación; además, no se aportan elementos de prueba que demuestran que la vinculación a la AFP Colfondos S.A. fuere efectuada bajo algún vicio del consentimiento.

Refirió que, en cuanto a los vicios del consentimiento, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, la demandante no especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de Colfondos S.A. y, en caso de que se estuviera refiriendo a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 de la misma norma, esto no produce efectos; y en caso de que se refiriera a un error de hecho, en virtud de lo señalado en el artículo 1510 del mismo estatuto, este sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado por la demandante con Colfondos S.A., ya que la actora sí pretendió afiliarse a este fondo de pensiones perteneciente al RAIS.

Mencionó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por razón de la edad, tampoco tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición porque no contaba con 15 años o más de servicios al 1° de abril de 1994 o 750 semanas cotizadas, además, no es posible su regreso al régimen de prima media por expresa prohibición del literal e) del



artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque en la actualidad cuenta con 54 años.

Finalmente indicó, que la jurisprudencia es clara sobre la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales y la necesidad de la frustración de una expectativa legítima, la cual no se observa en el caso presente.

**PORVENIR S.A.** (fls. 156-171) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Mencionó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o

una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

### **3. SENTENCIA APELADA**

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**"PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante señora Diana Marcela Izquierdo Jaramillo a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizada mediante la afiliación suscrita el 5 de agosto de 1995 al fondo Porvenir S.A. y por ende su desvinculación de la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en consecuencia se declara ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia se ordena el regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Condenar a Colpensiones, recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora Diana Marcela Izquierdo Jaramillo al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, sin solución de continuidad, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., a hacer entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora señora Diana Marcela Izquierdo Jaramillo, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, dicha devolución debe hacerse a los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia; igualmente se condena a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta individual de la actora debe revisarse y de manera inmediata debe imputarse a la historia laboral de semanas cotizadas a la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad en la historia laboral conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO:** Condenar a la AFP Porvenir S.A. entregar a Colpensiones las sumas descontadas a la actora durante la vinculación a esta administradora por concepto de gastos y cuotas de administración debidamente indexadas, esta devolución la debe hacer en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos necesarios para establecer por parte de Colpensiones que los dineros entregados fueron los ordenados en esta providencia.

**QUINTO:** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora Diana Marcela Izquierdo Jaramillo provenientes de Colfondos S.A. y de las devoluciones de cuotas y gastos de administración proveniente de Porvenir S.A., debe revisar que la devolución de los dineros sean los ordenados en esta providencia.

**SEXTO:** Declarar no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. (...)"

En síntesis, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha precisado, como en sentencia SL 36188 de 2019, que los abusos, la falta de información o el traslado de régimen pensional debe abordarse desde la ineficacia y no desde la nulidad.

Así mismo, expuso, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, para resolver este asunto es de vital importancia que las AFP al efectuar la afiliación del potencial afiliado le den toda la información pertinente en relación a los regímenes pensionales y las ventajas y desventajas e incluso los riesgos que le pudiera generar el traslado, pues es pertinente que se demuestre que efectivamente se violó el deber de información, además, que desde la sentencia SL 1788 de 2019 dicha Corporación ha indicado que estos temas deben abordarse desde la declaratoria de ineficacia y no desde la nulidad.

Expuso que, dentro del expediente obra la afiliación de la demandante a las AFP, por lo que de conformidad con lo expuesto por la Corte debe demostrarse la existencia de la debida información, cierta, veraz y completa, sin que exista discusión que en el documento obrante en el expediente que corresponde a la afiliación que en su momento la demandante hizo a Porvenir, existe una nota que indica que esa afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, existiendo solo ese formato de afiliación, recordando que de manera específica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1788 de 2019 ha indicado que la firma en el formulario de afiliación no es suficiente para probar que se dio la información en los términos antes descritos, generando una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la AFP dicha demostración.

Indicó que si bien la demandante rindió interrogatorio de parte, en dicha diligencia contó que no sabe de formas de pensión, no se le habló del fondo pensional ni de la necesidad de contratar os seguros inherentes a los riesgos de pensión de invalidez.

Adujo que, al estar señalado por la demandante que no se le dio información, las AFP debían demostrar que sí cumplieron con los requisitos, ya que ese deber de información está radicado en cabeza de las AFP independientemente si el afiliado pregunta o no, pues es su deber tener una actividad o acción efectiva encaminada a dar esa información, siendo este, además, un acto de lealtad con el afiliado.

Así mismo, expuso que no era necesario que la afiliada deba estar ad portar de cumplir un requisito pensional o que fuera beneficiaria del régimen de transición, pues ello no es un requisito para solicitar la ineficacia del traslado.

Adicionalmente, dijo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha mencionado que si se realiza un traslado entre AFP del RAIS, este no convalida el inicial, pues el deber de información se debe dar en el traslado inicial.

Finalizó exponiendo que la prescripción no se encuentra demostrada, pues conforme la Corte Suprema de Justicia, las acciones para efectos de declaratoria o estado pensional son de carácter imprescriptible.

#### **4. APELACIÓN**

##### **PORVENIR S.A.**

Adujo que, el verdadero problema jurídico se limita a estudiar la existencia del error como vicio de consentimiento y de allí derivar las consecuencias pretendidas y en tal marco, es conocida la jurisprudencia en cuanto al examen que determina el deber de información a cargo de las AFP, la suficiencia del formato de afiliación como cumplimiento de ese deber de información, la carga de la prueba y la procedencia de la ineficacia de la afiliación cuando se tenía una expectativa pensional o un derecho consolidado.

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento del deber de información de las AFP, aclara que la obligación de diligencia de dicho documento no es un capricho ni estrategia judicial presentada por Porvenir S.A., sino que en el mismo se establece que es un documento necesario en el marco de las afiliaciones en los regímenes pensionales con lo que se estructura una prueba ad substantiam actus del artículo 256 del CGP, por lo que la interpretación no está sujeta al arbitrio judicial sino es un imperativo de ley, debiéndose limitar el Juez a estos límites mientras se encuentra vigente la norma o haya disputa en su tenor literal.

En cuanto a la obligación de información a cargo de las AFP, ello ni siquiera debe ser analizable en el ordenamiento jurídico, ya que Porvenir S.A. lo desconoce, lo que ocurre es una tergiversación de esa interpretación respecto de dicha obligación, lo cual no escapa de los pronunciamientos de las Cortes de cierre, pues su jurisprudencia es la que indica que las AFP deben alcanzar a plenitud el conocimiento de los afiliados respecto de las consecuencias que traen consigo el cambio de régimen, así como el deber de suministrar la debida y necesaria información para lograr la mayor transparencia en las operaciones realizadas, sin embargo, surge la pregunta de ¿cuál sería o que consideraría la Magistratura como información que le permita al afiliado conocer con exactitud la lógica de los sistemas pensionales que han sido dados en un lenguaje simple y entendible para que una persona del común se forme un juicio sobre las

condiciones del mercado? Ello al ubicarnos en el año 1996 cuando ocurrió el traslado inicial de la demandante.

Expuso que era deber de las AFP tener los formularios de afiliación, así como eran los únicos capacitados para dar las asesorías antes de suscribirlas, adicionalmente, se activa el principio de autocuidado de quien lo firma, lo que quiere decir que debía conocer y activar todos los mecanismos, sin desconocer el deber de información de las AFP, sin embargo, en la época de la afiliación de la actora – año 1996, el deber de información que se daba era necesario, no encontrándonos en dicha época en la obligación de la doble asesoría.

Indicó que la única prueba versada es el formulario de afiliación, el cual, conforme la sentencia de primer grado, al ser pre impreso y por más que tenga la firma del asesor o promotor, ello no quiere decir que se le hubiera brindado al afiliado la información suficiente, no siendo para el juzgador prueba suficiente para su validación, sin embargo, reitera, para la fecha de afiliación de la actora la única exigencia era brindar la información de manera verbal y por ello no se cuenta con registro adicional de los aportados al plenario, además, el formulario es un documento público y auténtico y contiene la declaratoria de la Ley 100 de 1993, que fue libre y espontánea frente al traslado, y tampoco fue desconocido ni tachado, por lo que no se le puede restar valor probatorio.

Finalmente, expuso, frente a la condena de devolución de gastos de administración, que comparte los mismos argumentos presentados por Colfondos S.A.

#### **COLFONDOS S.A.**

Solicita se revoque el numeral tercero del fallo proferido, tendiendo en cuenta que ninguna pretensión en tal sentido se solicitó en la demanda en contra de Colfondos S.A. y tampoco se incluyó en la fijación del litigo y menos fue debatida en el proceso, y por ello, ni siquiera con la facultades ultra y extra petita puede impartirse condena en contra de esa entidad.

Por lo anterior, mencionó, se violó el principio de congruencia de la sentencia y con esa condena se contrarían las cargas procesales y los reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la AFP que haya administrado los recursos del afiliado debe devolver conceptos diferentes a aportes y rendimientos por el periodo de la afiliación, esto frente a la condena de gastos de administración debidamente indexados.

Adicionalmente, indicó que los descuentos por gastos de administración son pertinentes, ya que el artículo 60 de la Ley 100 de 1993

señala las características del RAIS, una de las cuales es que una parte de los aportes se dirige al pago de primas de seguros para atender pensiones de invalidez y sobrevivientes, la contratación de la renta vitalicia y cubrir costos de administración, no siendo estos gastos invenciones de los fondos, siendo permitidos los descuentos por ley, además, los mismos son efectuados por todas las AFP y Colpensiones, pues gracias a ellos es que la afiliación puede cubrir el monto restante para la financiación en caso de invalidez o muerte.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

##### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de

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

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para

el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

| Etapa acumulativa                                              | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                                                                                          | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                       |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                     | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                          |



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

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

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

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

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

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

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

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

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

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

#### **EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 08/06/1989 (fl 113); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 05/08/1996 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl. 167); **iii)** que el día 28/09/2000 realizó traslado entre AFP, vinculándose a COLFONDOS S.A (fl. 154) y **vi)** que el día 07/09/2018 (fls. 5) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

Pues bien, a folio 167 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05/08/1996 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, y contrario a lo indicado por Porvenir S.A. al sustentar su recurso, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose los fondos privados, especialmente Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, sin que por ello se esté desconociendo o restándole valor probatorio al formulario de afiliación.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la

autonomía de las personas, reducir el desequilibrio comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421 de 2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora

por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, lo que da al traste con los argumentos presentados por Colfondos S.A. al momento de presentar su recurso.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Porvenir S.A. referente a que la demandante tenía la obligación de conocer e informarse en virtud del principio de autocuidado, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*



Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

**V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

**VI. DECISIÓN**

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
*Aclaro voto!*

Código Único de Identificación: 11001310501020180063001  
Demandante: **JAIME ORLANDO PARRA GONZÁLEZ**  
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**II. ASUNTO**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, y a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JAIME ORLANDO PARRA GONZÁLEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 1° de mayo del 2000 a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del accionante y a esta última a recibirlo y a corregir y actualizar su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Nació el 28 de enero de 1956 cumpliendo la edad mínima de pensión en el régimen de prima media el mismo día y mes del 2018; 2) Se afilió al ISS el 8 de agosto de 1984, cotizando un total de 821 semanas; 3) El 1° de mayo del 2000, se trasladó al RAIS mediante afiliación a Protección S.A.; 4) Esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe libertad y voluntariedad; 5) desde el 1° de mayo de 2000 hasta el 31 de agosto de 2018 cotizó al RAIS un total de 682 semanas; 6) Ha acumulado un total de 1.503 semanas cotizadas; 7) Protección S.A. le informó que su pensión de vejez sería de \$781.242 para el año 2018, fecha en la que cumpliría los 62 años; 8) En Colpensiones su mesada pensional ascendería a la suma de \$2.546.047; 9) Presentó derechos de petición el 26 de Septiembre de 2018 ante Protección S.A. y Colpensiones.

#### **2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 70-82), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que el traslado realizado por el actor el día 1° de mayo de 2000 a la AFP Protección S.A. se presume, no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 la Ley 100 de 1993, sino completamente válido y la afirmación del vicio del consentimiento acaecido en el trámite del traslado con la AFP del RAIS alegado por el demandante, deberá probarse en el desarrollo del proceso.

Expuso que, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el actor no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que cuenta con 62 años.

Finalizó aduciendo que la eventual afiliación del demandante al régimen de prima media, el traslado de los aportes y la actualización de su historia laboral depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la pretensión de declaratoria de afiliación al RAIS efectuado a la AFP Protección S.A.

**PROTECCIÓN S.A.** (fls. 116-138) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Afirmó que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP's con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Indicó que en este caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que los consumidores financieros también tienen obligaciones.

Expuso que el demandante fue reasesorado de buena fe por esa entidad el 31 de octubre de 2007, previo al cumplimiento de los 52 años de edad, en donde se le explicó cuál sería la forma de liquidar la pensión en el RAIS y en el RPM y el monto que arrojaría su mesada pensional en ambos regímenes.

Concluyó diciendo que si lo que el demandante pretende es que se declare la nulidad por vicio en el consentimiento, la misma se tendría que declarar a través de la nulidad relativa, la cual goza de 4 años para iniciar la correspondiente acción resolutive, plazo superado en este caso, quedando claro que la acción pretendida se encuentra prescrita y en igual sentido ocurre de aplicar la prescripción de los artículos 488 CST y 151 del CPTSS.

### **3. SENTENCIA APELADA**

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

***“PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación del señor Jaime Orlando Parra González a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizada el 1° de mayo de 2000 y por ende el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media, en consecuencia se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por Colpensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO:** Condenar a Colpensiones, recibir al señor Jaime Orlando Parra González al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, sin solución de continuidad, conforme lo expuesto en la parte motiva.*

***TERCERO:** Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante señor Jaime Alberto Parra González, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, así mismo los valores de los rendimientos que se hubieren causado, incluido la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, dicha devolución deberá hacerse en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

***CUARTO:** Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a hacer entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora señora Abelia Falla Muñoz, como cotizaciones, bonos*

*pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y realizar la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, con los documentos correspondientes para establecer por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, tendrá un término de 15 días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.*

**QUINTO:** *Condenar a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, deberá revisar si la devolución se ha realizado como lo expresado en esta sentencia, y de manera inmediata debe actualizar las semanas cotizadas por el señor Jaime Orlando Parra González cotizadas en el RAIS a la historia laboral del demandante.*

**SEXTO:** *Declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia, {...}”*

En síntesis, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha precisado, como en sentencia SL 36188 de 2019, que los abusos, la falta de información o el traslado de régimen pensional debe abordarse desde la ineficacia y no desde la nulidad.

Así mismo, expuso, que la jurisprudencia de dicha Corporación ha reiterado que, para resolver este asunto es de vital importancia que se compruebe o establezca que las AFP han cumplido con el deber de información de manera tal, que se haya ilustrado sobre las implicaciones del traslado de régimen, para que se pueda entender que hubo un consentimiento informado.

Adujo que el deber de información al cual se hace alusión, conforme la jurisprudencia de la Corte, no es un deber que haya surgido luego de la expedición de la Ley 100 de 1993, ya que el Decreto 683 de 1993 estableció la obligación de las entidades de ilustrar a los usuarios de los servicios que prestan, una información necesaria para lograr una mayor transparencia en las afiliaciones que realicen brindando una información que les diera elementos de juicio claros, por lo que esta no es una obligación nueva siendo entonces aplicable desde el inicio de las AFP.

En cuanto a la información, dijo que la misma debía ser cierta y suficiente, que detalle las características legales de cada uno de los regímenes y las circunstancias en las que se encontraría el afiliado al adquirir cierto régimen y para llegar a conocer de manera amplia cada uno de los servicios prestados, siendo esta una información oportuna, esto es, debe darse al momento del traslado entre regímenes pensionales, pues la Corte ha señalado que no se puede asegurar que una reasesoría subsane la falta de consentimiento informado.

Para el caso concreto, indicó que la asesoría dada al accionante inició mal, pues no existe una prueba que pueda establecer efectivamente que al demandante, al momento del traslado de régimen, se le brindaron todas las características, ventajas y posibles desventajas; adicionalmente, del interrogatorio de parte solo se logra obtener que al demandante la hablaron de los rendimientos, pero no otorga ninguna otra información, resaltando que la rentabilidad no es la única característica del RAIS.

#### **4. APELACIÓN**

##### **PROTECCIÓN S.A.**

Adujo que, interponía recurso de apelación contra el numeral tercero de la sentencia, en lo que tiene que ver con la orden de trasladar a Colpensiones lo correspondiente a la comisión de gastos de administración y lo descontado por seguro previsional.

Expuso que no es procedente devolver lo que la entidad descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos que fueron realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Indicó que, con la orden de devolución de dichos dineros se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, además que ya se están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección S.A., por ello, esa entidad tiene derecho a conservar como restitución mutua a su favor y no hay razón para ordenar su traslado a Colpensiones.

Refirió que, en ese orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban anteriormente, en estricto sentido, se producirían las siguientes consecuencias: como el contrato de afiliación nunca existió, Protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y no existió el cobro de dicha comisión de administración, por ello, Colpensiones no estaría legitimada para recibir tales comisiones por cuentas que nunca administró, sin embargo, como quiera que el artículo 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y bonos de mejores, con base en ello debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se presente la ficción que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado

produjo unos frutos y unas mejoras producto de la buena gestión de la AFP y la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos y por eso tiene derecho a conservar la comisión de administración al efectivamente hacer rentar el patrimonio del demandante.

En lo que tiene que ver con el seguro previsional, manifestó que este ya fue girado a una aseguradora, para que en caso de existir algún siniestro, sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos e inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación del demandante, además, Protección S.A. se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución, pues en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto suscrito entre la demandante y Protección S.A.

Resaltó que frente al cobro del 3% destinado por comisión de administración es para financiar las primas del seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando con la periodicidad que impone la ley y que no financia directamente la pensión, por lo que son conceptos que sí prescriben de conformidad con los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Finalmente, en caso de confirmar la condena, se está obligando a Protección S.A. a asumir con su propio patrimonio valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración de las primas de seguro de invalidez y sobrevivencia y se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de esa entidad, lo cual tendría que revisarse a la luz de la responsabilidad civil con los elementos propios de esta, además, que en el presente proceso no fue materia de prueba, ni quedó demostrado la causación de estos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera frente a la pretensión de la ineficacia de la afiliación y no frente al tema de perjuicios, los cuales tampoco fueron demostrados por el demandante.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.



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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

#### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

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

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
|-------------------|-------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|

|                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                       |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016                                                                                                                                                                                            | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                          |

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

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

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

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

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

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento

informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al

afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

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

#### **EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 08/08/1984 (fl 11 y 82); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 01/03/2000 a través de la A.F.P PROTECCIÓN S.A (fl 177 vto); y **iii)** que el día 26/09/2018 (fls. 22 y 33) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 177 (vto) se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 01/03/2000 con la AFP Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Protección S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos



económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Frente a la inconformidad del demandado apelante **PROTECCIÓN S.A.** respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar la *a quo*, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

#### **V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11001310501020180063001

Demandante: **JAIME ORLANDO PARRA GONZÁLEZ**

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

## **VI. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

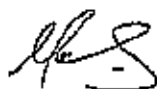
**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**II. ASUNTO**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada **PORVENIR S.A.**, y a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ISABEL DEL SOCORRO URRUTIA GONZÁLEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante en el mes de septiembre del año 2000 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, seguros, sumas adicionales de la aseguradora, etc., junto con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados y a esta última a reactivar la afiliación de la actora.

Así mismo, derivado de lo anterior, solicita se reconozca la pensión de vejez y el correspondiente pago del retroactivo y la indexación de dichas sumas.

Como fundamento de sus pretensiones, narra, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Nació el 8 de julio de 1960; 2) Viene prestando sus servicios a la Contraloría General de la República desde el 4 de junio de 1999 hasta la fecha; 3) Dicha empleadora la afilió a la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, donde permaneció cotizando de manera ininterrumpida hasta el 31 de agosto de 1995; 4) En Cajanal acumuló un aproximado de 218 semanas; 5) Hacia el mes de agosto de 1995 asesores de Porvenir S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS asegurándole que ese fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional; 6) El asesor de Porvenir S.A. le manifestó que el RAIS permitiría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS y en cuantía superior; 7) También le presentó como más beneficioso el RAIS; 8) El asesor no le informó que su derecho pensional quedaría condicionado a la redención de su bono pensional, ni que podía redimir de forma anticipada mediante una negociación que implica aceptar una suma inferior a la real, omitió realizar una proyección pensional, advertirle que debía realizar importantes aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones obligatorias para completar el capital mínimo requerido para su pensión y tampoco le informó y explicó de manera clara y puntual la naturaleza del RAIS y las implicaciones de su traslado; 9) Ante la información “incompleta y engañosa” suministrada por el asesor de Porvenir S.A., suscribió formulario de afiliación con el cual se trasladó de régimen desde el mes de septiembre de 1995; 10) Fue inducida a error, ya que nunca se le puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos que su decisión de traslado de régimen podría tener en su derecho pensional; 11) Solicitó

proyección pensional a Porvenir S.A. obteniendo como resultado una mesada pensional de \$1.160.400 y conforme dictamen pericial su pensión en Colpensiones sería de \$3.605.220; 12) La información que le fue suministrada estaba errada y de ello da cuenta las proyecciones pensionales; 13) Cumplió 57 años el 8 de julio de 2017; 14) Ha cotizado un total de 1.406 semanas; 15) Actualmente supera los requisitos mínimos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para causar su derecho pensional en el RPM; 16) El 28 de agosto de 2018 presentó ante Colpensiones solicitud de traslado de fondo de pensiones, petición que fue negada mediante comunicación el 30 del mismo mes y año; 17) El 28 de agosto de 2018 presentó solicitud de traslado de fondo ante Porvenir S.A., el cual fue negado mediante comunicado del 29 del mismo mes y año.

## **2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PORVENIR S.A.** (fls. 87-112) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Mencionó que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato

celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

**COLPENSIONES**, (fls. 113-126), se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que el traslado realizado por la actora en el mes de agosto de 1995 a la AFP Porvenir S.A. se presume, no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 la Ley 100 de 1993, sino completamente válido y la afirmación del vicio del consentimiento acaecido en el trámite del traslado con la AFP del RAIS alegado por la demandante, deberá probarse en el desarrollo del proceso.

Expuso que, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, dado que cuenta con 58 años.

Finalizó aduciendo que la eventual afiliación de la demandante al régimen de prima media, el traslado de los aportes y la actualización de su historia laboral depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto de la pretensión de declaratoria de afiliación al RAIS efectuado a la AFP Porvenir S.A.

### **3. SENTENCIA APELADA**

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

***“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora María Isabel del Socorro Urrutia González a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizada mediante la afiliación suscrita el 08/09/1994 al fondo Porvenir S.A. y por ende la ineficacia de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.***

**SEGUNDO:** Condenar a Colpensiones, recibir la afiliación de la demandante y restablecer afiliación al régimen de prima media de la demandante señora María Isabel del Socorro Urrutia González al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, sin solución de continuidad, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a hacer entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora señora María Isabel del Socorro Urrutia González, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y realizar la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de Colpensiones que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, tendrá un término de 15 días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

**CUARTO:** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora María Isabel del Socorro Urrutia González, provenientes de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de la devolución de cuotas y gastos de administración provenientes de Porvenir S.A., debe revisar que la devolución se ha realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante para efectos de pensión.

**QUINTO:** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante María Isabel del Socorro Urrutia González en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del retiro efectivo del servicio, bajo los parámetros del art. 34 de la Ley 100 de 1993, dando aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 para establecer el IBL más favorable a la demandante y el artículo 34 de la misma ley para establecer el monto de la pensión, de conformidad a la parte considerativa de la presente providencia.

**SEXTO:** Declarar probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido propuesta por Colpensiones, en relación a la indexación y se absuelve de esta pretensión y se declaran no probadas las demás excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. (...)”

En síntesis, indicó que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, para resolver este asunto es de vital importancia que las AFP al efectuar la afiliación del potencial afiliado le den toda la información pertinente en relación a los regímenes pensionales y las ventajas y desventajas e incluso los riesgos que le pudiera generar el traslado, pues es pertinente que se demuestre que efectivamente se violó el deber de información, además, que desde la sentencia SL 1688 de 2019 dicha Corporación ha indicado que estos temas deben abordarse desde la declaratoria de ineficacia y no desde la nulidad.



Expuso que, dentro del expediente obra la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., por lo que de conformidad con lo expuesto por la Corte la AFP debe demostrar la existencia de la debida información, cierta, veraz y completa, sin que exista discusión que en el documento obrante en el expediente correspondiente a la afiliación de la demandante existe una nota que indica que esa afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, existiendo solo ese formato de afiliación, recordando que de manera específica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1788 de 219 ha indicado que la firma en el formulario de afiliación no es suficiente para probar que se dio la información en los términos antes descritos, generando una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la AFP dicha demostración.

Indicó que si bien la demandante rindió interrogatorio de parte, del mismo no se logra obtener una confesión en el sentido de haber recibido la información, además, no se encontró prueba alguna que demuestre que a la demandante se le brindó la información correspondiente en los términos de la jurisprudencia, esto es de manera clara, oportuna y cierta.

Frente a la solicitud de pensión, expresó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que la normatividad a ella aplicable resulta ser el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que establece como requisitos para obtener dicha prestación el cotar con 57 años y con 1300 semanas, aclarando que se puede realizar el cómputo de semanas en cualquiera de los dos regímenes pensionales; así las cosas, se tiene que la demandante nació el 8 de julio de 1960 cumpliendo 57 años el mismo día y mes del año 2017 y conforme la historia laboral se tiene que a Cajanal cotizó 221 semanas y a Porvenir S.A. a septiembre de 2020, 1257 semanas, para un total de 1.508 semanas, de lo que se establece que cumplió los requisitos el 8 de julio de 2017, tanto de edad como de semanas cotizadas, ahora, si bien solicita ser reconozca la pensión desde el momento en el que cumplió los requisitos pensionales, la actora es una empleada pública y conforme el artículo 19 de la Ley 344 de 2006, el servidor público que adquiriera su derecho pensional por vejez, podrá optar por dicho beneficio o seguir vinculado al servicio, y teniendo en cuenta la historia laboral de Porvenir S.A., la demandante sigue afiliada, por lo que la pensión deberá reconocerse a partir del día siguiente de su retiro del servicio y desafiliación del sistema, para lo cual, deberá tener en cuenta el IBL correspondiente al salario de los 10 últimos años cotizados, aplicando la liquidación más beneficiosa para la demandante.

Finalizó exponiendo que la prescripción no se encuentra demostrada, pues conforme la Corte Suprema de Justicia, las acciones para efectos de declaratoria o estado pensional son de carácter imprescriptible.

#### **4. APELACIÓN**

##### **PORVENIR S.A.**

Adujo que, los fallos de la Corte Suprema de Justicia han desconocido principios fundamentales del derecho como lo es el confundir la nulidad con ineficacia, pues en estas providencias se ha hecho una mixtura de normatividad que regula negocios jurídicos como un acto propio de la seguridad social como lo es el traslado de régimen, por lo que debe precisarse que la Ley 100 de 1993 de manera expresa establece la figura de la ineficacia del traslado en su artículo 271, por lo que no debe aplicarse la analogía de la Corte y acudir al artículo 1746 del CC para establecer los efectos de la ineficacia, cuando por virtud de la indivisibilidad de la norma debería declararse la ineficacia conforme los artículos 1740 y siguientes, incurriendo dicha Corporación en imprecisiones.

Expuso que, si bien la Corte ha definido el desarrollo que le ha dado al deber de información, no es la línea que establece, sumado a que hay decisiones, salvamentos de voto de los Magistrados de la Corte, en el sentido de indicar que en esta clase de proceso en primera instancia se debe estudiar si el demandante está o no cobijado por el régimen de transición, además que con estas decisiones se establecen unos requisitos que la norma no contempla, enfatizando que la Corte le está exigiendo a las AFP unos requisitos que no se preveían o establecieron para la afiliación de la demandante hace 24 años, siendo la única exigencia para dicha data la suscripción del formulario, al que se le ha restado todo valor probatorio, siendo esta la única documental que se exigía para ese momento y con el desarrollo que ha generado la Corte Suprema de Justicia hay entonces que documentar hechos como una proyección o comparación entre los regímenes, cuando ello no existía para el momento de la afiliación de la demandante, exigiendo a la AFP requisitos que no tenía la norma.

Frente al caso particular de la demandante, resalta que incurre en contradicciones a partir de la demanda respecto del interrogatorio de parte, diligencia en la que afirma que se le brindó una información con la existencia de una cuenta de ahorro individual, la posibilidad de que los beneficiarios recibieran los ahorros que tenía, enfatizando que en la demanda ella afirma que recibió una asesoría personal, la cual, si bien no fue suficiente y clara, pero si se analiza el contenido de la demanda con lo manifestado en el interrogatorio, se deduce que la única circunstancia que la motiva a procurar la ineficacia es el monto de la pensión, lo cual no es un presupuesto para declarar la ineficacia de un acto jurídico.

Argumentó que lo dicho por los testigos es que se le suministró la información precisa respecto de ciertos aspectos de cómo funcionaba el

RAIS y en ninguna parte menciona la posibilidad de pensionarse anticipadamente, información que es cierta, pues son condiciones que la ley establece, con lo que el fondo no mintió sobre las características, con lo que se cumple con la información dada la que debe ser cierta y veraz, y dichas características fueron informadas a la demandante, luego se tiene por cumplido el deber de información.

Expuso que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece los requisitos y condiciones de la ineficacia de traslado, estableciendo cuales son las conductas en las que debe incurrir una persona para que se considere que se atenta contra el derecho a la libre elección, además, que establece una sanción de carácter administrativo, jamás la ineficacia del artículo 1740 del CC, además, atendiendo la indivisibilidad de las normas el artículo 1740 del CC es el que establece como y cuando procede la ineficacia de un acto o contrato, con lo que no se hace un estudio de si se dan o no los requisitos de este artículo, sin embargo sí se aplican las consecuencias del artículo 1746 ibídem sin analizarse si Porvenir S.A. actuó de buena o mala fe, presupuesto que establece dicha norma.

Así mismo, solicita se tenga en cuenta el tema de las restituciones mutuas como quiera que no se menciona si Porvenir es un poseedor de mala fe de unos dineros que fueron entregados de manera voluntaria por la demandante.

Expuso que no se presentan las condiciones para declarar la nulidad de un traslado y menos la ineficacia solicitada, mencionando que la accionante nunca ejerció el derecho de retracto, permaneciendo afiliada por más de 24 años a la AFP, realizando aportes voluntarios, sin reclamo alguno al fondo.

Finaliza pidiendo se estudie la prescripción de los gastos de administración y sumas diferentes al capital del rendimiento existente en la cuenta individual de la afiliada, pues como dijo la Corte Suprema de Justicia, este tipo de sentencias es meramente declarativas y en ese orden de ideas los estados o declaraciones que se hagan no prescriben, pero sí lo hacen los derechos que de ella surgen y los gastos de administración no financian la pensión de vejez, además de darse por parte de Colpensiones un enriquecimiento ilícito por una acción que no realizó y que por el contrario Porvenir S.A. realizó de buena fe, generando con esta rendimientos a la demandante.

## **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestación.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

##### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

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

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

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

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

| Etapa acumulativa                                              | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                                                                                          | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                       |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                     | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016                                                                                                                                                                                            | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                          |

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

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

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

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

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

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

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

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

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

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

#### **EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por la otrora Cajanal el día 04/06/1991 (fl 149 archivo No. 13 Formatos Clebp); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 08/09/1994 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl. 98 vto); y **iii)** que el día 28/08/2018 (fls. 46 y 52) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 98 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 08/09/1994 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos

económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que, se reitera, no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421 de 2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido durante todo el tiempo que la accionante permaneció en dicho régimen.

En lo que respecta a la ratificación, otro de los argumentos presentados por PORVENIR S.A. en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, la accionante se encontraba afiliada a Cajanal previo su traslado a Porvenir en el año 1999, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 692 de 1994 , que establece:

**“ARTICULO 4o. REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.** En el régimen solidario de prima media con prestación definida, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como de

naturaleza pública. El monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización. En este régimen no se hacen cotizaciones voluntarias, ni se puede optar por pensiones anticipadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1o. de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.

Quienes seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad se registrarán por lo dispuesto en el artículo siguiente."

Por lo anterior, el regreso de la demandante al régimen de prima media se hace efectivo a través de Colpensiones, ya que mediante Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de Cajanal, la cual finalizó en julio de 2013 y en virtud de su artículo 4 se ordenó el traslado de sus afiliados al otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la*

*posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

**V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

**VI. DECISIÓN**

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

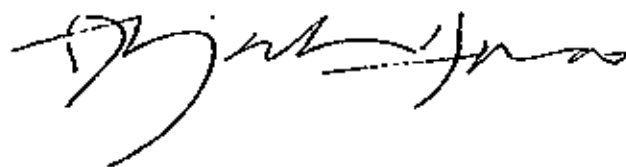
**R E S U E L V E**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

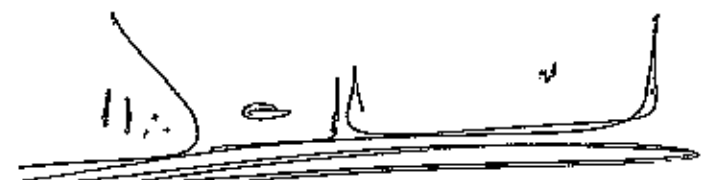
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
*Aclaro Voto!*



Código Único de Identificación: 11001310501120190057601

Demandante: **LUZ MARBEL NIÑO FONSECA**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. SONIA LORENA RIVEROS VALDÉS, identificada con C.C. No. 1.105.681.100 y T.P. No. 255.514 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**TERCERO:** RECONOCER personería jurídica a la doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada con C.C. No. 53.077.146 y T.P. No. 184.941 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885.

**II. SENTENCIA**

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO**

**JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUZ MARBEL NIÑO FONSECA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se declare que la accionante es beneficiaria del régimen de transición.

Así mismo, solicita se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioro por la merma del capital, incluso los gastos de administración.

Finalmente, solicita se ordene a Colpensiones a aceptar los anteriores valores, así como la afiliación de la demandante al régimen de prima media.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) En la actualidad cuenta con 60 años; 2) Tiene cotizadas 1796 semanas al sistema de seguridad social en pensión a junio de 2019; 3) Se trasladó a Porvenir S.A., en junio de 2003; 4) Era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años; 5) Al momento del traslado, en junio del 2003 le faltaban 10 años y 8 meses para completar la edad mínima de pensión; 6) Dicha circunstancia no fue contemplada por quien le prestó asesoría para trasladarse al RAIS; 7) Los asesores de Porvenir S.A. le indicaron que el ISS estaba en malas condiciones financieras y que en Porvenir S.A. le ofrecían mejores garantías sin especificar estas; que podía pensionarse a los 55 años y nunca le presentaron un escenario de las hipótesis a presentarse en el transcurso de vida ni el monto que pudiera alcanzar, tampoco el valor de la pensión dependiendo del monto ahorrado en la cuenta individual, no se le dijo que su pensión podría estar cercana

al salario mínimo; 8) No tenía conocimiento, ni fue informada de las consecuencias que le acarrearía el traslado al RAIS; 9) El 15 de diciembre de 2014 solicitó su traslado a Colpensiones, el cual fue negado; 10) El 17 de mayo de 2019 presentó ante Colpensiones solicitud de nulidad de traslado; 11) El traslado efectuado a Porvenir S.A. está viciado de nulidad, por cuanto no contó con la suficiente información acerca de los beneficios del RAIS y los posibles valores de su pensión, de acuerdo a las cotizaciones por ella realizadas; 12) En el RAIS su pensión sería de \$1.403.200 y en el RPM de \$2.380.467.

#### **Actuación Procesal.**

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 67-85) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Adujo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 1° de abril de 1994, la demandante contaba con 35 años, pero no contaba con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es de recibo que pretenda regresar al RPM, además, para el 17 de mayo de 2019, fecha en la cual solicitó a Colpensiones su afiliación, contaba con 60 años, esto es, cuando ya se encontraba dentro de la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Mencionó que, de los hechos de la demanda se concluye que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial, por ello, no se está en presencia de lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Expuso que, en caso de declarar la existencia de una nulidad, debe tenerse en cuenta que la misma no se alegó dentro del término dispuesto en el artículo 1750 del CC y que la misma fue saneada en los términos del

artículo 1752 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Finalmente, adujo que, le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados de conformidad con lo expuesto en los artículos 1516 del Código Civil y 167 del CGP, lo que brilla por su ausencia en este caso.

**PORVENIR S.A.** (fl. 107-162) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que este se produjo, ya que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos de ley y con ello se concretó el traslado, manifestando en forma expresa que lo hacía de manera libre y voluntaria.

Expuso que el hecho de que esa AFP tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que la demandante, por su cuenta, no haya decidido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, máxime cuando todo consumidor financiero debe actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, por lo que el deber de información también le era exigible a la actora.

Indicó que, como todo acto jurídico, el traslado de régimen pensional puede adolecer de algunas deficiencias, pero no todas ellas conducen necesariamente a la ineficacia o pérdida de efectos del acto, y en el caso de que la presunta falta de información, como una situación que pudo afectar el consentimiento, solamente podría generar, a lo sumo, una nulidad relativa en los términos del artículo 1741 del Código Civil, que solo da derecho a la rescisión del acto o contrato, pero no genera forzosamente la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen,

cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

## **2. SENTENCIA APELADA**

El **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**“Primero:** Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante Luz Marbel Niño Fonseca a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. suscrita el 28 de abril de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**Segundo:** Declarar que para todos los efectos legales, la demandante Luz Marbel Niño Fonseca nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente decisión.

**Tercero:** Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Marbel Niño Fonseca tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**Cuarto:** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones admitir el traslado de la señora Luz Marbel Niño Fonseca con sus respectivos aportes al RPM de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**Quinto:** Declarar que la demandante Luz Mabel Niño Fonseca es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual se hizo extensivo hasta el 31 de diciembre de 2014, al cumplir con los requisitos exigidos para dicha finalidad, establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

**Sexta:** Declarar no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. (...)”

El *a quo*, señaló, en primer lugar que en este tipo de controversias no se puede hablar de nulidad, de conformidad con el precedente jurisprudencial, sino que se debe hablar de ineficacia.

Conforme lo anterior, indicó que, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal b) señaló el derecho que le asiste a los trabajadores y demás afiliados al sistema a escoger libremente entre uno y otro régimen pensional, y que para tal efecto debían manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, tal como en apariencia lo hizo la aquí accionante.

Adujo que conforme la documental visible a folios 133 a 158, la historia laboral y la historia de vinculación emitida por Asofondos, y de una remisión al precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 con la sentencia radicado No. 31989, la sentencia 33083 de noviembre de 2011 y las sentencias 6964 de 2018 y 1452 de 2019, las cuales han sostenido el derecho a la libre elección y el deber por parte de las administradoras del RAIS del buen consejo, entendido este como la necesidad de suministrar al potencial afiliado la información e ilustración suficiente en aras de darle a conocer los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, llegando, si es del caso, a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudicaría, tal y como aconteció en el presente caso, al perder el régimen de transición pensional.

En el caso particular, expuso que la presunta falta de información al momento del traslado de la accionante, produjo un evento adverso como lo es la pérdida del régimen de transición, lo que termina de socavar los principios fundamentales sobre los que se rige todo el sistema de seguridad social como lo son la autonomía, la voluntad del afiliado y la libre elección de régimen pensional.

Indicó que Porvenir S.A. únicamente se limitó a allegar el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año 2003 cuando se trasladó de régimen pensional, sin que el material probatorio restante se demuestre la información brindada, exponiendo que del interrogatorio de parte no se puede verificar algún hecho susceptible de confesión, de hecho, la accionante afirmó en esta diligencia que el fondo no le informó y no le dio información clara respecto de uno u otro régimen pensional, tan solo atinó a señalar que se le dijo que el ISS se iba a acabar.

Igualmente, dijo, en este caso el traslado perjudicó a la actora, toda vez que, verificado el historial de cotización realizado en el RPM hasta el año 2003, era claro que era beneficiaria del régimen de transición de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo podía mantener teniendo en cuenta el cúmulo de semanas hasta dicha anualidad.

Finalizó exponiendo que, el fondo accionado no demostró el contenido y alcance de la información suministrada a la demandante al momento de

efectuar su traslado del RPM al RAIS, con lo que incumplió con la carga probatoria que le incumbía.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **PORVENIR S.A.**

Indicó, en primer lugar, que en el presente proceso no se logró acreditar cuál fue la situación especial que permitiera que todo se diera por probado, no se probó que la demandante hubiere sido constreñida o tuviera alguna situación general que le hubiera impedido manifestar su voluntad de trasladarse o escoger alguno de los dos regímenes pensionales, por lo que no se encuentra acreditado el requisito establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con lo que no habría lugar a la declaratoria de ineficacia.

Expuso, frente a la nulidad, que tampoco se encuentran acreditados los requisitos que llevaran a generar algún tipo de situación que le impidiera a la demandante cumplir el negocio que se encontraba celebrando, en la medida que en el interrogatorio de parte manifestó que tenía conocimiento de que el negocio incidiría en el reconocimiento de su mesada pensional y que le generaría unas condiciones diferentes para el reconocimiento de la misma.

Argumentó que para la fecha en que se realizó el traslado de la accionante no existía como tal una información exacta que se le debiera dar a los afiliados al momento de realizar dicho traslado y en tal sentido Porvenir S.A. procedió a brindar la información que le permitiera a la demandante tener un conocimiento de las características de los dos regímenes pensionales y en ese sentido se le brindaron los elementos objetivos para que pudiera tomar una decisión de traslado de régimen pensional, con lo que renunció a su régimen de transición para consolidar una situación pensional bajo parámetros diferentes.

Mencionó que, al no encontrarse en los Decretos 656 y 692 de 1994 cual era la información exacta y precisa que debía darse para esa fecha a los potenciales afiliados, no es de recibo que se pretenda, a través de la aplicación de un precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, dar efectos retroactivos a un deber de información que se consolidó, primero por construcción jurisprudencial y segundo por disposición del legislador a partir del año 2010, por lo que debe establecerse si la información que se solicita era oponible al momento del traslado.

Expuso que no es procedente la devolución de los saldos correspondientes a lo descontado por gastos de administración y primas de seguros, en la medida que dichas sumas se descontaron y cumplieron una función dentro del historial de la demandante, tal como generar rendimientos financieros desde el año 2003 hasta la actualidad, que han permitido que su cuenta de ahorro individual genere los recursos necesarios para la financiación de su pensión, además, que remunera la gestión profesional que Porvenir S.A. ha hecho de buena fe.

Frente a los descuentos de las primas por los riesgos de invalidez y muerte, indicó que debe tenerse en cuenta que los mismos se descuentan tanto en el RAIS como en el RPM por lo que, hacer que estas sumas se restituyan sería dejar a la demandante en una situación diferente a la que se encontraba antes del año 2003 en la medida que recibirá unos recursos adicionales o que se habrían descontado durante su vinculación al ISS, razón por la cual se infringe lo establecido en el artículo 1746 del CC.

Así mismo, solicita se revoque la condena en costas, al no cumplirse con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

### **COLPENSIONES**

Expuso que no debe declararse la ineficacia del traslado de régimen, ni la afiliación a Colpensiones en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, tanto que la demandante efectúa aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, además, la afiliación al fondo privado se efectuó en el ejercicio legítimo que tenía en su derecho a la libre escogencia de régimen conforme o dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que, cuando tiene la edad de pensión exigida por el RPM, no puede alegar la falta de asesoría y/o información, máxime cuando es deber de la afiliada informarse adecuadamente de los productos que adquirió conforme el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010, lo cual la demandante no hizo, poniendo de excusa el desconocimiento de la ley, situación que no la exime de responsabilidad.

Adujo que en el expediente no se evidencia como tampoco en el interrogatorio de parte, que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por falta de información de la AFP o que se esté en presencia de un vicio de consentimiento, encontrándose demostrado que la afiliación de la accionante se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimiento o presiones indebidas.

Argumentó que este tipo de decisiones afecta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, generando una situación caótica que altera la debida planeación



en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando a su sostenimiento.

Indicó que a la demandante no le asiste el derecho a que se declare la ineficacia de su traslado pensional, pues, al estudiarse el caso concreto es notable la ausencia de la sustentación jurídica que justifica acceder a las pretensiones, ello teniendo en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, ya que últimamente han revocado esas decisiones donde se declaran esas ineficacias, argumentando que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, ya que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, además, siempre manifiestan que se trasladaron porque los asesores les decían que el ISS se iba a acabar, pero es de conocimiento que ello no sucedió y surgió Colpensiones, por lo que ese fundamento no se puede tener en cuenta de que el traslado lo hizo por temor a quedar sin una pensión o verse afectado en su vida pensional.

Finalmente, solicitó que, en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se ordene a la AFP reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, recursos de la cuenta individual de ahorros, cuotas abonadas por el fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, tal y como se ha advertido en las sentencias 31989 del 2008, SL 17595 de 2017, SL 4989 del 2018 y SL 1429 de 2019.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 25 de marzo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

##### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la

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

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

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

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

| Etapa acumulativa    | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                     | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                         |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |

|                                                                                   |                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                   | información, no<br>menoscabo de derechos<br>laborales y autonomía<br>personal                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Deber de<br>información<br>, asesoría y<br>buen<br>consejo                        | Artículo 30, literal c) de<br>la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                         | Implica el análisis previo,<br>calificado y global de los<br>antecedentes del afiliado y<br>los pormenores de los<br>pensionales, a fin de que el<br>asesor o promotor pueda<br>emitir un consejo, sugerencia<br>o recomendación al afiliado<br>acerca de lo que más le<br>conviene y, por tanto, lo que<br>podría perjudicarlo |
| Deber de<br>información<br>, asesoría,<br>buen<br>consejo y<br>doble<br>asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto<br>2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016<br>de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva<br>inmerso el derecho a obtener<br>asesoría de los<br>representantes de ambos<br>regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                            |

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

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

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

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012*

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

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

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado,*

*profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

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

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

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

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

**f) En cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

*"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las*



pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

## **V. EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 11/04/1977 (fl 17 y 85); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 28/04/2003 a través de la A.F.P PORVENIR S.A. (fl 135); y **iii)** que los días 7 y 17 de mayo de 2019 (fl 35 y 39) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 135 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de abril de 2003 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado*

*interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por las apelantes al sustentar sus recursos.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

En cuanto al argumento expuesto por **COLPENSIONES** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del fondo común, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, al sustentar su recurso **PORVENIR** adujo que a la demandante se le dio la información correcta y conocía el negocio que estaba celebrando, lo cual se demuestra con el interrogatorio de parte rendido por la accionante, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la cual, la demandante expuso que:

- En el año 2003 trabajaba en Cruz Blanca y que por parte de la sección de personal realizaron una reunión con los asesores, entre ellos Porvenir S.A., basados en que el ISS estaba financieramente quebrado y que Porvenir era una solución.
- Los asesores de Porvenir dieron información general y unos formatos de afiliación a las personas que quisieran afiliarse.

- Recibió información general, le hablaron de la parte financiera y lo que era Porvenir en general, que las condiciones eran similares a las del seguro, que se podía pensionar años antes, pero sin ninguna especificación.
- Que no le informaron cómo funcionaba la financiación o cuenta de ahorro individual, ni sobre el régimen de transición, el derecho de retracto, bono pensional ni sobre los requisitos para acceder a la pensión.
- No se acercó a las oficinas ni del ISS ni de Porvenir S.A.
- Llenó el formulario de afiliación voluntariamente.

Lo anterior, no demuestra que la demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún desprende confesión que pueda perjudicarla, con lo que no puede decirse, como lo aduce Porvenir, que la señora Niño Fonseca hubiere recibido la información clara, precisa y veraz.

En cuanto a la inconformidad de la AFP PORVENIR relativa a la devolución de las cuotas de administración y de otros valores debidamente indexados, debe recordarse que la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva a que tiene como efecto que las cosas se retrotraen al estado en se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido

En la sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declaró la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

“Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,

las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C”.

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1º de julio de 2020, en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

“Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”

De modo que, el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido por cuenta de la afiliación del demandante, tiene como fundamento la conducta indebida de la entidad en la omisión al deber de información, cuya consecuencia genera la ineficacia del traslado, la cual priva de todo efecto el acto jurídico, debiendo entonces la administradora cubrir los deterioros sufridos por el bien administrado, con cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., tal como lo ha establecido firmemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral desde la sentencia radicada 31989 de 2008.

En otras palabras, la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de los aportes y sus rendimientos, sino además, las cuotas de administración y toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

En cuanto a la inconformidad de Porvenir S.A. respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, tal condena es objetiva y se impone a la parte vencida en el juicio, que en este caso es precisamente PORVENIR S.A.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto

que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de inejecación del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de inejecación del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, conforme los razonamientos expuestos en la sentencia.

#### **VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A,** a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11001310501120190057601

Demandante: **LUZ MARBEL NIÑO FONSECA**

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

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

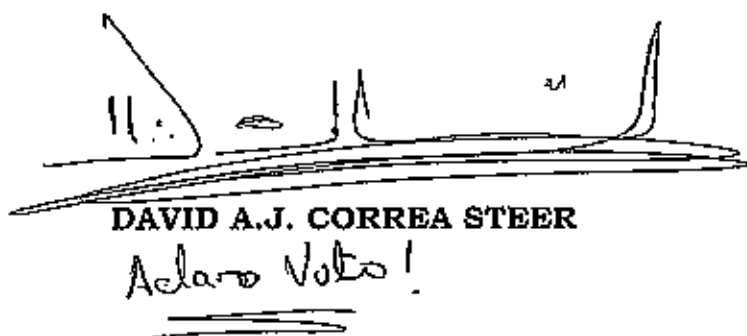
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
Aclaro Voto!



Código Único de Identificación: 11001310501220190006501

Demandante: **ALBERTO BERNARDO KOPEC POLISZUK**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral **que ALBERTO BERNARDO KOPEC POLISZUK** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

## **SENTENCIA**

### **II. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de la administradora, así como ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación del demandante y recibir los dineros devueltos por Porvenir S.A. y condenar a esta última al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la accionante.

De manera subsidiaria, solicita se declare inexistente el acto de traslado.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 19 de agosto de 1958; 2) Estuvo afiliado a Cajanal; 3) Estuvo afiliado a Caprecundi del 21 de febrero de 1989 al 31 de julio de 1995; 4) Estuvo afiliado al ISS desde el 1° de agosto de 1995 al 8 de febrero de 1999; 5) En septiembre de 1995, por no recibir información técnica adecuada, suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; 6) Dicha afiliación la hizo por considerar que el RAIS le era más beneficioso que el RPM; 7) La demandada o sus asesores no le hicieron las advertencias de los riesgos que existían al trasladarse al RAIS, tampoco que la pensión en este régimen podría ser inferior a la del RPM, que eventualmente no podría pensionarse por cuanto el capital sería insuficiente, no le advirtieron que el valor de la pensión depende de la modalidad que escoja y tampoco le explicaron las distintas modalidades de pensión, ni que la negociación del bono pensional implica un sacrificio financiero, no se le informó qué era un bono pensional, como funciona el fondo privado o que si no tenía suficiente dinero no podría pensionarse y tampoco sobre el derecho de retracto; 8) Ante Porvenir S.A. presentó solicitud para que se aceptara la nulidad del traslado el día 15 de agosto de 2018, a la que se le dio respuesta negativa el 17 del mismo mes y año; 9) El 10 de agosto de 2018 se presentó ante Colpensiones solicitud para anular al traslado de régimen.

#### **2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PORVENIR S.A.** (fl. 89-172) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que el traslado efectuado por el demandante el día 1° de octubre de 1995 lo efectuó en ejercicio de su autonomía de selección libre y voluntaria de régimen pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994 tenía menos de 40 años y solo tenía acumuladas un total de 428 semanas, por lo que su régimen pensional se regula enteramente por la Ley 100, sin remisión a disposiciones anteriores, encontrándose establecidas en dicha norma las características de cada uno de los regímenes pensionales.

Indicó que no tiene asidero legal ni jurisprudencial reclamar que el demandante fue engañado o que se asesoró equivocadamente o que no se le ofreció la información necesaria, la cual, se encuentra establecida en la Ley, tampoco que Porvenir no le explicó cuál era el alcance de su traslado y que no le hizo proyecciones, pues olvida que el deber de asesoría e información al consumidor financiero por parte de las AFP se estableció a partir del Decreto 2555 de 2010, y la obligación de informar por parte de las AFP fue solo dispuesto a partir de la Ley 1748 de 2015, es decir, las administradoras de pensiones no tenían antes de esas fechas la obligación de elaborar proyecciones, dado que el alcance de la asesoría antes de la mencionada ley era meramente informativa con las explicaciones particulares establecidas en la ley y algunas señaladas en el Estatuto Financiero.

Precisó que, si el demandante se estaba refiriendo a una nulidad por error de derecho, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1509 del Código Civil, este no produce vicio del consentimiento.

Finalizó diciendo que, en caso de declararse nulidad alguna, la misma se encuentra prescrita conforme lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS y/o en el artículo 1750 del Código Civil.

**COLPENSIONES**, (fls. 181-195) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó

prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de a obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Adujo que, la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que el accionante no podrá retornar al Régimen de Prima Media, (en adelante RPM) por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, esto es no es posible su traslado porque no cumple con los requisitos dispuestos en la ley y en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Frente a la nulidad, destaca que cualquier declaración de esta, como acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil, además, que no puede alegarse la nulidad de la afiliación efectuada ante el fondo de pensiones, ya que no puede trasladarse un contrato de vinculación solo por el hecho de advertir posteriormente inconformidades con las normas y lineamientos propios del RAIS.

Expresó que el error de derecho no vicia el consentimiento contractual, tal como lo establece el artículo 509 del Código Civil, por lo que no hay lugar a que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS de la demandante, ya que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte del actor alguna de las causales de nulidad, vicios del consentimiento, sino que por el contrario confesó que se afilió a Porvenir S.A., por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando duro más de 24 años realizando aportes continuos al fondo privado.

Concluye indicando que, la afiliación del demandante a Porvenir S.A. acaeció en el año de 1995, por ende, 24 años después, es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsana cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, pues el demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años hubiese presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen o falsas promesas.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

*"PRIMERO: Declarar la ineficiencia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización del demandante Alberto Bernardo Kopec Poliszuk, en su momento con Porvenir S.A. de acuerdo al formulario No. 611425 del 18 de septiembre de 1995.*

Código Único de Identificación: 11001310501220190006501

Demandante: **ALBERTO BERNARDO KOPEC POLISZUK**

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

**SEGUNDO:** Condenar a la AFP Porvenir S.A a la devolución de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante Alberto Bernardo Kopec Poliszuk con destino a Colpensiones.

**TERCERO:** Ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado del señor Alberto Bernardo Kopec Poliszuk, y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

**CUARTO:** Condenar a la AFP Porvenir S.A., a restituir con destino a Colpensiones el valor generado por concepto de comisión por administración, atendiendo la condición de inexistencia de una debida gestión de administración sobre el particular.

**QUINTO:** Absolver a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, conforme la parte motiva de la presente decisión.

**SEXTO:** Declarar no probadas las excepciones formuladas por Porvenir y por Colpensiones.

**SÉPTIMO:** Sin condena en costas en la instancia. (...)”

En síntesis, indicó, en primer lugar, que se observa que existe una vinculación con el Hospital de la Samaritana con una afiliación alterna a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca - Caprecundi, con fecha de corte 31 de julio de 1995, evidenciando que durante estos tiempos el actor tenía una afiliación tanto al ISS como a Caprecundi y dentro de esa especial condición, se observa que no existe ningún tema de multivinculación toda vez que esta opera cuando hay afiliación entre los dos regímenes RAIS y RPM y no opera cuando su afiliación está dependiendo entre fondos públicos pues, para esos eventos lo que ha establecido la ley es que existe una concurrencia en el pago de cuotas partes.

Expuso, que conforme la información suministrada al demandante en comunicación que obra a folios 40 a 41, se observa que no hubo una claridad, específicamente hablando, entre la fórmula de fluctuación de su bono pensional respecto a los valores que le estaban siendo soslayados, pues en el año 2017 señala que el bono pensional del demandante tenía unas diferencias radicales al momento de su negociación y en la historia laboral consolidada de folio 33 con fecha de generación 26 de abril de 2018 se indica que el valor del bono pensional era uno distinto al de la comunicación antes citada, con lo que no se entiende que Porvenir S.A. genere una diferencia tan drástica entre el valor del bono a los 59 y a los 60 años de edad, frente al valor que le indica 4 meses después, circunstancia esta que permite concluir que el deber de información no se puede agotar desde el momento de la afiliación, lo cual ha sido señalado en la sentencia 31989 del 2008 de la Corte Suprema de Justicia, pues la información debe venir desde el momento de la afiliación hasta los

momentos previos en lo que se van a generar los beneficios derivados del sistema.

Indicó que desde la misma lectura del formulario de afiliación, las condiciones sobre las cuales se le ha hecho la asesoría al accionante relativas a la constitución de su bono pensional y algún tipo de deber de buen consejo son completamente inexistentes, con lo cual se observa que no se cumplieron con los presupuestos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cumplimiento de los deberes de información y que han sido expuestos en la sentencia SL 1452 del 2019 y es que la obligación de los fondos de pensiones es la de brindar la información sobre el sistema pensional y que esta intensidad de la obligación se ha transformado con el paso del tiempo de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico en que debía cumplirse, no siendo suficiente solo la suscripción del formulario de afiliación toda vez que se requiere la demostración de un consentimiento informado, que la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones y que esta violación se puede dar incluso si el demandante no es beneficiario del régimen de transición.

Conforme lo anterior, prosiguió, no hay un contenido mínimo ni una ilustración de características, condiciones adversas, efectos y riesgos del traslado de régimen pensional, conforme el momento histórico para el que se realizó la afiliación y finalizó declarando no probada la excepción de prescripción.

#### **IV. APELACIÓN**

##### **DEMANDANTE**

Apeló de manera parcial frente a la decisión de no condenar en costas a la parte vencida en este asunto, pues las pretensiones de la demanda fueron concedidas y, siendo la condena en costas una de las pretensiones de dicha demanda, debidamente controvertida por las demandadas, al oponerse de forma activa a las mismas, además de ser una consecuencia directa del movimiento del aparato jurisdiccional estas deben ser reconocidas, pues tal y como lo estipula el numeral 1° del artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

##### **PORVENIR S.A.**

Consideró que las razones en las que se basó el juzgador de primera instancia, no están sujetas al caso especial del demandante ya que ha sido el pilar de la declaración de esta ineficacia la relación del bono pensional

al cual tiene derecho el demandante y que liga de manera intrínseca al deber de información.

Adujo que, considerar un aspecto relacionado con valores respecto del bono pensional, que el valor del mismo cambie y que con ello se ha soslayado el deber de información, no se encuentra ajustado a la realidad del demandante sino tampoco a las realidades que tienen que ver con el bono pensional, pues, hablando de manera genérica, el valor de un bono pensional siempre va a ser distinto desde el momento en que una persona se vincula hasta el momento en que se emite, con lo que no puede afirmarse que la diferencia del valor entre un momento y otro constituye esa falta de información y la misma es errada y tergiversada, pues como se dijo en la sentencia hay periodos cotizados de manera simultánea al ISS y a Caprecundi y para que se emita un bono pensional la historia laboral debe estar clara, siendo diferente hablar de redención del bono en a fecha normal o el valor del bono pensional de lograr acceder a la pensión de manera anticipada.

Expuso que, conforme a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información se tiene que dar en diferentes etapas de la vinculación pues, precisamente la información tiene varios momentos y como se puede observar en las documentales existen solicitudes hechas por el demandante con las que se demuestra que sí ha estado al tanto de su vinculación a un sistema pensional, pues basta decir que la información que se le brinda se ha cumplido en este caso porque Porvenir S.A. ha dado respuesta y ha estado acompañando al demandante después de esa vinculación primigenia al RAIS la misma que continúa hasta el momento.

Finalizó su argumentación exponiendo que no se dio una indebida administración de parte de esa entidad, por cuanto la administración de una cuenta individual se da de manera periódica y no por espacios de tiempo sino desde que existe la vinculación de la misma manera que se da el cobro de esos gastos de administración para las personas que están afiliadas a Colpensiones, por cuanto la misma Ley 100 de 1993 faculta para el cobro en ambos regímenes.

### **COLPENSIONES**

Expuso que con la discusión del bono pensional se evidencia que el actor conocía de los beneficios o ventajas y propiedades que el RAIS establecía en su momento.

Indicó que el despacho desconoce la normatividad del artículo 1750 del Código Civil, pues, a pesar de que se declaró la ineficacia, al ser este un contrato regido por las normas civiles, el actor contaba con 4 años para hacer valer cualquier duda o daño que existiera en ese contrato de

afiliación, adicionalmente, se desconoce el espacio temporal del artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, pues las personas pueden trasladarse de un régimen a otro faltándoles más de 10 años para acceder a la pensión, lo que no ocurre con el demandante.

Solicita se tenga en cuenta el precedente de la sentencia SU 062 de 2010, en donde se demuestra que el demandante no cumple con los requisitos allí establecidos, esto es tener 750 semanas o 15 años de servicios cotizados de manera continua antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de



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

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8**

de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

| Etapa acumulativa                                              | Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información                                                                                                                                                                                                                       | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                       |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                     | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016                                                                                                                                                                                            | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                          |

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

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

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

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

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

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

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

f) En cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

### **EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/09/1981 (fl 37 y 200); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 18/09/1995 a través de la A.F.P PORVENIR S.A. (fl 109); y **iii)** que los días 10 y 15 de agosto de 2018 (fl. 42 y 47) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 109 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de septiembre de 1995 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Porvenir S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, atendiendo los argumentos expuestos por Porvenir S.A. al sustentar su recurso, al no acreditarse por parte de esta AFP que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,



exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resaltando que dicho deber debió haberse cumplido al momento de la afiliación del señor Kopec Poliszuk, esto es para el 18 de septiembre de 1995, sin que la información suministrada de manera posterior y durante el tiempo que ha estado afiliado el accionante a esa AFP supla o subsane el incumplimiento de la obligación de información en la que incurrió Porvenir S.A. al momento del traslado o vinculación inicial.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o inefloacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene*

*una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por las apelantes al sustentar sus recursos.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado de la demandante de régimen, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos o cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados.

En cuanto a este tema, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de*

Código Único de Identificación: 11001310501220190006501

Demandante: **ALBERTO BERNARDO KOPEC POLISZUK**

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

*administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

En cuanto a lo solicitado por la parte **demandante** respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, “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”, situación que acaeció, en este caso con la AFP Porvenir S.A.

Al respecto, en providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo:

*“El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por autorización del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya interpuesto. La Corte se ajustó a lo previsto en el citado artículo, toda vez que el recurso interpuesto no prosperó y, así, se causaron agencias en derecho a favor de la opositora.”*

Y en auto AL 2787 -2021 Rad 79134, expuso:

*“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”*

Por ello, acertado resulta el argumento expuesto por la parte demandante, por lo que se **REVOCARÁ** el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas a la A.F.P Porvenir S.A., por ser la parte vencida en juicio.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción, objeto de apelación por parte de **COLPENSIONES**, se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

#### **VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de las apelantes.

#### **VII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL CUARTO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado de la demandante de régimen, tales como cotizaciones,

Código Único de Identificación: 11001310501220190006501

Demandante: **ALBERTO BERNARDO KOPEC POLISZUK**

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

bonos pensionales, sumas adicionales, si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos o cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- REVOCAR** el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas a Porvenir S.A.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**CUARTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de las apelantes Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de las demandadas.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **HERNÁN GUILLERMO ARIAS LIDUEÑA** promoviese contra **USA POSTAL S.A.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 24 de septiembre de 2015 al 21 de mayo de 2016; que la relación laboral terminó por causa imputable al empleador; quien incurrió

en culpa patronal; y que debe asumir la totalidad de prestaciones económicas que se deriven de su accidente de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente al **8,89%** como pérdida de capacidad laboral; incapacidades de octubre de 2015 a mayo de 2016; la fracción de la prima de servicios del segundo semestre de 2015 y el primer semestre de 2016; la fracción de vacaciones, cesantías, e intereses a las cesantías; sanción por no consignación de las cesantías; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; e indexación.

## **2. HECHOS**

Como fundamento de sus pretensiones narró que: 1) Laboró en dos periodos con la demandada: de noviembre de 2012 a agosto de 2013, y del 24 de septiembre de 2015 al 21 de mayo de 2016; 2) Desempeñó el cargo de *operario*, cumpliendo funciones de cargar cajas, estibar, cargar muebles, organizar mercancía, cargar y descargar camión de carga; 3) Cumplía un horario de trabajo de 7:00 AM a 5:00 PM; 4) El salario pactado fue de \$35.000 diarios, es decir, \$910.000 mensuales; 5) El 24 de octubre de 2015 fue citado para prestar sus servicios en la U.G.P.P., a fin de transportar varios muebles, no obstante, uno de estos se volteó y le cayó en una de sus manos; 6) El Coordinador informó del accidente de trabajo a la Gerente de la Compañía, Alba Sandoval, quien hizo que se transportan a las instalaciones de USA POSTAL S.A., en donde le informaron que lo iban a llevar a donde un médico particular pero que no contaban con dinero, por lo que, fue acompañado de su compañero Borman Bastidas, lugar en el que le informaron que tenía una fractura en el cuarto dedo de la mano derecha y que debía dirigirse de urgencias al hospital; 8) En la E.P.S. Compensar fue remitido al Hospital San José, en donde su mano fue entablillada y le fue programada cirugía; 9) El 06 de noviembre de 2015 se le practicó la cirugía y se le ordenó la práctica de varias terapias; 10) Fue afiliado a salud pero no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00572 -01  
Demandante: **HERNÁN CASTILLO ARIAS LIDUEÑA**  
Demandado: **USA POSTAL S.A.**

directamente por su empleador sino por **PROMSEGUROS OUTSOURCING S.A.S.**, quien lo desafilió en enero de 2016; 11) Por lo anterior, no pudo continuar con sus terapias y no le pagaron incapacidades; y 12) Acudió ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien en dictamen del 10 de agosto de 2018, le determinó como pérdida de capacidad laboral del **8,89%** por el accidente sufrido el 24 de octubre de 2015.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

**USA POSTAL S.A.** (fls.76 a 90), contestó a través de **Curador Ad Litem**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, nulidad del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca como prueba pericial aportada por el demandante, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, frente a las indemnizaciones solicitadas por la parte demandada no es procedente la responsabilidad objetiva, compensación, inexistencia de la mala fe de USA Postal S.A., y la genérica.

Indicó que no le constaban los hechos y que debían probarse.

Expuso que el daño del accionante fue de carácter temporal, y siempre fue catalogado de origen común; que el dictamen pericial no fue puesto en conocimiento del empleador para que pudiera efectuar la correspondiente contradicción; que las lesiones que sufrió el trabajador no obedecen a una conducta dolosa; y que no se encuentra demostrada la relación entre el daño y el perjuicio, para que haya lugar a una indemnización en los términos del artículo 216 del C.S.T.



### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 01 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

**PRIMERO. - DECLARAR** que entre el actor y la demandada existió un contrato de trabajo desde el 24 de septiembre de 2015 hasta el 21 de mayo de 2016.

**SEGUNDO. - DECLARAR** como salario devengado por el trabajador la suma de \$910.000, durante toda la relación laboral.

**TERCERO. -** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se dispone **CONDENAR** a la demandada a pagar a la demandante:

- \$4'550.000 por concepto de incapacidades temporales.
- \$3'640.000 por concepto de indemnización permanente parcial.
- \$245.194,44 por concepto de cesantías.
- \$7.927,95 por concepto de intereses a las cesantías.
- \$601.611,11 por concepto de prima de servicios.
- \$300.805,56 por concepto de vacaciones.
- \$2'912.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.
- La indemnización de que trata el artículo 65 del C.P.T. y de la S.S. desde el 22 de mayo de 2016 por un día de salario por cada día de mora hasta el mes 24 o hasta que se verifique el pago si el periodo es menor. Después del mes 24 deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

**CUARTO. - ABSOLVER** a la demandada del pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnizaciones por culpa patronal, indexación e intereses moratorios.

**QUINTO. - DECLARAR** parcialmente probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido frente a los emolumentos reseñados en el numeral anterior, y no probadas las demás excepciones.

**SEXTO. - CONDENAR** en costas a la demandada. Inclúyase como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV.

En síntesis, luego de evaluar la prueba, concluyó que el accionante prestó sus servicios a la demandada del 24 de septiembre de 2015 al 21 de mayo de 2016, lo anterior del análisis del material probatorio y especialmente del testimonio de Borman Bastidas y del interrogatorio de parte del actor extrayéndose el extremo inicial del testimonio referido, y el extremo final de la última incapacidad allegada a juicio; que el hecho de encontrarse afiliado a salud con otro empleador no

descarta *per se* la existencia de un vínculo laboral con la demandada, pues no existe prueba de que el demandante hubiera suscrito una cláusula de exclusividad con ésta.

Adujo que la falta de afiliación de un trabajador no implica el reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 216 del C.S.T., sino por el contrario el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas a cargo del empleador; y que por lo anterior, le corresponde al dador del trabajo asumir la indemnización por incapacidad permanente parcial, en virtud del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que acreditó el demandante del 8,89%, así como el pago de las correspondientes incapacidades.

Indicó que le correspondía al demandante acreditar el hecho del despido para que hubiera lugar a una indemnización por despido sin justa causa, y que en el proceso la activa no se ocupó de acreditar dicho hecho.

Explicó que no se demostró el pago al demandante de las prestaciones sociales y vacaciones, por parte del empleador; y que al demandarse el 04 de septiembre de 2018, no operó la excepción de prescripción, pues se demandó dentro de los tres años de haber iniciado la relación laboral, ya que esta inició el 24 de septiembre de 2015, razón por la que procedió a liquidarlas en la forma en que quedó indicado en la parte resolutive de la sentencia.

En último término, expresó que hay lugar a indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías, dado que el empleador dejó desamparado a su trabajador en el pago de las acreencias laborales objeto de condena sin que exista justificación del detrimento económico que se le causó al demandante; que las sanciones moratorias son incompatibles con la indexación, pues ambas buscan resarcir la pérdida del poder adquisitivo del dinero; y que la entidad encargada de notificar el

dictamen pericial es la propia Junta Regional de Calificación de Invalidez.

#### **IV. APELACIÓN**

**USA POSTAL S.A.**, recurrió la sentencia argumentando que no existe certeza sobre los extremos temporales de la relación laboral; que las incapacidades no dan cuenta de que hubiera existido un contrato de trabajo, pues es un documento que proviene de un tercero, y tiene una finalidad diferente a probar el extremo final de un contrato de trabajo; que de darse credibilidad a las incapacidades para establecerse los extremos temporales, también se le debió dar credibilidad en cuanto a que el empleador para la época de los hechos era **GARANTÍA TEMPORAL LTDA.**, y que en interrogatorio de parte, el accionante confesó elementos que desvirtúan la existencia de un contrato de trabajo.

Agregó que se quiso ocultar la relación de familiaridad del testigo **Borman Bastidas** con el actor, pues este es el esposo de la tía del demandante; que de los testimonios no se logra desprender que el actor tuviera un horario o que hubiera tenido una remuneración; que no se podría tener por acreditado un contrato de trabajo con el sólo dicho del demandante en su interrogatorio; y que en interrogatorio de parte se confesó que el empleador del actor era **GARANTÍA TEMPORAL LTDA.**

Frente a la indemnización por incapacidad permanente parcial argumentó que con el fallo se viola el debido proceso de la demandada, ya que no se le notificó el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez; que el demandante en interrogatorio aceptó que no notificó el dictamen al empleador; y que no se logró establecer si al actor se le pagaba un salario diario, quincenal o mensual, por lo que no se puede tener certeza.

En lo referente a la condena a la indemnización moratoria precisó que, para que se pague, en los términos expuestos por el A Quo se debió demandar dentro de los dos años, de manera que operó el fenómeno de la caducidad sobre dicha sanción; que la sanción por no consignación de las cesantías no se puede reconocer de manera objetiva, y más cuando la demandada está representada por Curador Ad Litem, pues si se tenía la convicción de que no existió contrato de trabajo, no se podría reconocer su pago; y que las incapacidades deben ser asumidas por el sistema de seguridad social integral, debiendo ser reconocidas por la E.P.S.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación, posteriormente, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar su posición.

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** a resolver, se circunscriben a determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, si se

demonstraron los extremos temporales de la relación laboral; si acertó el A Quo al imponer el pago de indemnización por incapacidad permanente parcial así como las incapacidades médicas expedidas al demandante; y si se dan los presupuestos para imponer el reconocimiento y pago de las sanciones moratorias.

### **Del contrato de trabajo y sus extremos temporales.**

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo<sup>1</sup>, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo<sup>2</sup> y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre muchas otras.

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

---

<sup>1</sup> Artículo 23 C.S.T. **ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00572 -01  
Demandante: **HERNÁN CASTILLO ARIAS LIDUEÑA**  
Demandado: **USA POSTAL S.A.**

(Ver entre otras la Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017).

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

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

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

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

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

demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado (art. 305 C.P.C.).

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

En similar sentido, esta Corte en sentencia CSJ SL, 22 ago. 2008, rad. 38182, expresó:

No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.

Y en la CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768, dijo:

No obstante, lo anterior no implica que los jueces estén impedidos para decidir por debajo de lo pedido, ni ello tampoco desconoce el imperioso mandato del artículo 305 del C. P. C., de modo que cuando las partes logran probar menos de lo pretendido, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado, pero sin salirse dentro de los extremos inicialmente fijados, debiendo en consecuencia denegar lo demás, caso en el cual decisión es minus petita.

Los extremos de la litis no cambian cuando se demuestre un tiempo de servicios inferior al que se alegó en la demanda" (Subrayado y Negrillas por la Sala).

### **DEL CASO EN CONCRETO**

No son motivo de controversia y por ende están probados, los siguientes hechos:

- i) Que Hernán Guillermo Arias Lidueña laboró al servicio de la demandada desde el 12 de junio de 2011, prestando servicios de montaje y desmontaje de tarimas, y operario de camión, según certificación del 11 de diciembre de 2011 (fl.26).

- ii) Que la **U.G.P.P.** suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa **USA POSTAL S.A.** con el objeto de “prestar servicios de transporte vehicular para el cargue, transporte y descargue de insumos, muebles, enseres, bienes tecnológicos y de conectividad que requiera la Unidad Administradora Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP”; contrato que tuvo un plazo de ejecución del **11 de marzo al 31 de diciembre de 2015**(fl.24).
- iii) Que el **día 23 de octubre de 2015**, la empresa **USA POSTAL** efectuó un servicio de “*traslado de un bien de propiedad de la UGPP de una propiedad a otra*” según lo certificó la U.G.P.P, en prueba de folio **24 y 25**, con respaldo del anexo de folio **26**, consistente en el “*reporte de la empresa de vigilancia y seguridad Águila de Oro de Colombia, donde se relacionó la gestión realizada por USA POSTAL el 23 de octubre de 2015*”
- iv) Que en el anexo de la prueba antes referida, visible a folio **26**, se relacionó el nombre del aquí demandante como conductor del vehículo de placas UPT 855, en el que se trasladó una palomera (sic) de la U.G.P.P. a la bodega de la calle 13 (fl.25).
- v) Que el **24 de octubre de 2015**, el accionante acudió al Hospital San José, según el resumen de la historia clínica mencionada en el dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, donde se indica que tiene, un “cuadro clínico de 20 horas de evolución” y se le diagnosticó una “fractura epifisiaria de falange proximal” (fls. 47 a 49).
- vi) Que para la fecha de dicho evento (fractura epifisiaria de falange proximal) el demandante ya había sido retirado en salud desde el 20 de octubre de 2015 por parte del empleador Garantía Temporal Ltda. (fl.28).
- vii) Que el demandante presenta incapacidades **continuas, desde el 24 de octubre de 2015 hasta el 22 de abril**



de 2016, según certificación de COMPENSAR EPS de folio 31.

- viii) Que el actor fue operado de su dedo el 06 de noviembre de 2015 (fls.38 y 39).
- ix) Que el demandante fue afiliado a salud por Promseguros Outsourcing S.A.S. el 01 de febrero de 2016, sin que presente fecha de retiro (fl.29).
- x) Que la E.P.S. Compensar no ha efectuado el pago de las incapacidades de octubre de 2015 a septiembre de 2016, "por no cumplir con requisitos legales y organizacionales para pago" (fl.31).
- xi) Que la E.P.S. Compensar emitió concepto de rehabilitación integral del accionante el 13 de julio de 2016, señalando que presentaba una fractura de falange proximal de cuarto dedo mano derecho de origen común (fl.27).
- xii) Que según el dictamen del 10 de agosto de 2018 se estableció que el actor presentaba una pérdida de capacidad laboral del **8,89%**, por diagnóstico de "**fractura en dedo de la mano**" (ver fl 48) sin establecer su origen ni la fecha de estructuración (fls. 47 a 49).

Identificados los hechos probados en el proceso se procede a analizar la demás prueba arrojada a las diligencias dentro de la que se encuentran los **testimonios** de los señores **Borman Arturo Bastidas Alba** y **Miguel Arturo Arias Liduela** testigos ambos que fueron tachados por la pasiva, el primero por ser el declarante cónyuge de una tía del demandante y el segundo por ser el hermano del actor.

El señor Borman Arturo Bastidas Alba manifestó que el demandante era el sobrino de su esposa; que trabajó con él en USA POSTAL S.A.; que él (el testigo) era Coordinador; que trabajó entre 2011 y 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el 24 de septiembre de 2015 llamaron al actor

para trabajar en una labor de trasteo en el Banco Agrario, en la que estuvo hasta el 20 de octubre de 2015; que la anterior labor la hicieron con seis o siete personas más; que el 24 de octubre de 2015 estuvieron realizando un trasteo en la sede de la U.G.P.P.; que cumplían un horario de trabajo de 7:00 AM a 5:00 PM; que en el trasteo se transportaban cajas de archivos, computadores, y muebles, de un piso a otro; que al actor le pagaban \$35.000 diarios; que entre el 20 y el 24 de octubre de 2015 estuvieron vacantes; que al demandante se le llamaba cuando había trabajo y se le necesitaba; que el 24 de octubre de 2015, bajando un mueble, este se volteó y le cayó en la mano al demandante; que había una enfermera de la U.G.P.P., quien revisó al actor y le entablilló el dedo; que llamó a Alba, Gerente de la demandada, para comentarle lo que pasó, y ella les dijo que fueran a la oficina de USA POSTAL S.A.; que el Supervisor dijo que el actor estaba desafiado en salud, que debía ser llevado a un médico particular, y que la empresa reponía los gastos médicos; que fueron al médico particular, quien les dijo que debían ir al hospital por urgencias; que al día siguiente fueron al Hospital San José; que acompañó al actor a la cirugía el 06 de noviembre de 2015; que después de eso el actor no volvió a trabajar con la empresa; que el actor no estaba trabajando con otra empresa antes de USA POSTAL S.A.; y que al actor lo afiliaron a salud con una empresa que queda al frente de USA POSTAL S.A., Pro-outsourcing.

Por otra parte, compareció a rendir testimonio el señor Miguel Arturo Arias Liduela - hermano del demandante - quien manifestó que también fue empleado de USA POSTAL S.A. de octubre de 2013 a julio del 2014; que el demandante trabajó para USA POSTAL S.A. en el año 2015; que el día del accidente el actor lo llamó porque no lo quisieron atender en el seguro, y que él le dijo que estaba trabajando para USA POSTAL S.A.; que el actor trabajó como hasta el 20 de septiembre del 2015 con la empresa previa a ingresar con USA POSTAL S.A.; y que no conoce hasta cuando trabajó el accionante con la demandada.

Pues bien. Efectuado el análisis del caudal probatorio arrojado a las diligencias, la Sala encuentra acierto en el fallo de primera instancia que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, pues en el plenario ha quedado evidenciada la prestación personal de servicios del señor Arias a favor de la sociedad USA POSTAL S.A., por cuanto las pruebas del proceso ubican al actor el día 23 de octubre de 2015 en las instalaciones de la U.G.P.P., ejecutando el traslado de un bien inmueble de dicha entidad en virtud del contrato suscrito entre la U.G.P.P., y USA POSTAL, tal como lo certificó la U.G.P.P., en documento de folios 24 y 25, que además encuentra respaldo en el anexo de esa certificación (fl 26). Ahora bien, y aunque el oficio para el que fue contratado el demandante no resultó claramente acreditado, en tanto que este afirma que lo fue como operador, pero la prueba que da cuenta de su presencia lo hace como conductor del camión que trasladaría enseres del contratante a otro destino (fl 26) lo cierto es que es claro que el demandante se encontraba allí conduciendo un camión enviado por USA POSTAL S.A., para trasladar bienes y enseres de la UGPP, razón por la que, al encontrarse acreditada la prestación personal de servicios para el demandado, se debe presumir la existencia del contrato de trabajo entre las partes, correspondiéndole al presunto empleador desvirtuar dicha presunción, carga con la que no cumplió pues al proceso no trajo elemento alguno de prueba que acreditara, o bien la inexistencia del vínculo laboral o bien la existencia de un vínculo de carácter civil, comercial u otro con el demandante, advirtiendo que lo esgrimido en su apelación relativo a quien se debió declarar empleador fue GARANTÍA TEMPORAL, no encuentra acierto alguno en la prueba recaudada, no solo por cuanto no se acreditó prestación del servicio alguno en favor de aquella sociedad, sino además, porque conforme la prueba de fl 28, el trabajador estuvo afiliado al sistema de seguridad social por dicha entidad entre el 2015-08-06 y el 2015-10-20; luego ningún vínculo tenía con la misma para la fecha de los eventos aquí relatados, esto es para el 23 de octubre de 2015.

Ahora bien, frente a los extremos temporales de dicha relación, cierto resulta que la prueba no logra acreditarlos con meridiana claridad por cuanto los testimonios arrimados a las diligencias - que valga decir desde ya fueron analizados con mayor rigurosidad, al ser tachados de sospechosos por la pasiva sin encontrar que aquellos hubiesen faltado a la verdad y que el solo hecho de ser parientes del demandante derruya su declaración, la cual se encuentra coherente e hilvanada con los hechos probados - no ofrecen contundencia frente a dicho aspecto y la documental tampoco arroja elementos de juicio del rigor necesario para determinar al menos de manera aproximada los extremos. Sin embargo, ante el hecho cierto de la prestación del servicio para USA POSTAL el día 23 de septiembre de 2015, la Sala **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia de primera instancia que los tuvo por hallados entre el 24 de septiembre de 2015 y el 21 de mayo de 2016, para en su lugar **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo por un (1) día esto es por **el 23 de octubre de 2015**, pues antes de dicha fecha y posterior a ella no se acreditó la prestación personal del servicio del demandante.

Lo anterior conlleva lógicamente la modificación de las condenas por salario, prestaciones sociales y vacaciones efectuadas por el A Quo para adecuarlas conforme las pruebas recaudadas en el proceso, advirtiendo que el valor del salario hallado por el A Quo no fue objeto alguno de controversia, motivo por el cual las condenas se liquidarán conforme lo declarado en la primera instancia, esto es un salario mensual de \$910.000, lo que equivale a **\$30.333.33** diarios.

En lo referente a prestaciones sociales y vacaciones, dado que se acreditó únicamente un día de salario, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, con el fin de establecer que se deben pagar las siguientes sumas de dinero, por los conceptos que se detallan a continuación:

- Cesantías: \$30.333,33.
- Intereses a las cesantías: \$3.640.
- Prima de servicios: \$30.333,33.
- Vacaciones: \$15.166,66.

Frente a la condena a cargo del empleador USA POSTAL S.A., del pago de la **indemnización por incapacidad permanente parcial**, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia de primer grado, por cuanto evidente resulta con la prueba arrimada al proceso (fls 27, 32 a 40 y 47 a 50) que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el día 23 de octubre de 2015 a instancias del empleador, evento del cual derivó una pérdida de capacidad laboral del **8.89%** en el trabajador quien, de haber estado afiliado al Sistema de Riesgos Laborales hubiese tenido derecho al pago de dicha prestación económica a cargo del Subsistema. Así las cosas, y como el empleador no acreditó la afiliación al Sistema General de Seguridad Social Integral debe correr a cargo con todas las prestaciones, de conformidad con el último inciso del artículo 2.1.6.2 del decreto 780 de 2016 que a la letra reza:

“Serán de cargo del empleador **las prestaciones económicas y los servicios de salud** a que tenga derecho el trabajador dependiente y su núcleo familiar durante el tiempo que transcurra entre la vinculación laboral y el registro de la novedad”

Así las cosas, quedará incólume la condena al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial a cargo del empleador, así como la de la condena al pago de las **incapacidades temporales** ordenadas por el A Quo, por las mismas razones expuestas frente a la incapacidad permanente parcial, esto es, por la falta de afiliación al sistema integral de seguridad social.

En cuanto a que el dictamen debió ser notificado al empleador USA POSTAL S.A., se considera por parte de la Sala que dicho argumento carece de argumentos atendibles, por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00572 -01  
Demandante: **HERNÁN CASTILLO ARIAS LIDUEÑA**  
Demandado: **USA POSTAL S.A.**

cuanto en primer lugar, quien debe ser notificado personalmente del dictamen es el trabajador calificado, dado que las decisiones que se toman en ese tipo de actos son esenciales para determinar si tiene o no derecho a las prestaciones del Sistema; en segundo lugar, pese a tener la oportunidad en la vía judicial de controvertir el dictamen, este no fue objeto de controversia alguna; de igual manera el empleador no probó haber asumido los gastos del mismo, y tampoco acreditó haber afiliado al trabajador al sub-sistema de riesgos laborales.

En todo caso, habrá de decirse que la falta de notificación del dictamen al empleador USA POSTAL S.A. no transgrede el derecho fundamental al debido proceso, pues precisamente a través del proceso ordinario laboral puede debatirse el dictamen cuando se allega al plenario o puede solicitar la expedición de uno nuevo en la contestación de la demanda. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL1044-2019 reiterada en la SL2287-2019, señaló:

“[...] el ejercicio de los recursos previstos en el decreto en cita contra los dictámenes que profieren las juntas de calificación de invalidez, no es el único medio con que cuenta la parte contra la cual se pretenda hacer valer, para oponerse y disentir de su contenido, puesto que también puede controvertirlo ante la jurisdicción ordinaria laboral; incluso, dentro del proceso, puede hacer uso de la solicitud de una nueva valoración, para que sea el juez quien decida conforme a la sana crítica lo pertinente, a efectos de resolver sobre la pretensión deprecada”.

En cuanto a las **sanciones moratorias**, la indemnización moratoria se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

**“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.** <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes,

debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Por otra parte, la sanción por no consignación de las cesantías se encuentra en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que dispone:

**ARTICULO 99.** El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...) 3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509** y la **SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, la Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, accediendo a reconocer las sanciones moratorias, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, aspecto que avala la Sala.

En efecto, las pruebas militantes en las diligencias permiten considerar que el empleador se abstuvo de efectuar el reconocimiento de prestaciones sociales, que el empleador no tuvo la intención de pagar las mismas, así como asumir sus obligaciones laborales como empleador, situación con la que dejó a su trabajador a la deriva pese a la ocurrencia de un accidente en el desarrollo de su labor.

Por tanto, se confirmará la condena impuesta por el juez de primera instancia frente a la indemnización moratoria, no siendo así con la sanción por no consignación de las cesantías, recuérdese que se declaró un día de labor, 23 de octubre de 2015, por lo que, no alcanzó a surgir en cabeza del empleador la obligación de pagar sus cesantías el 14 de febrero de 2016, quedando de esta manera inmerso tal pago en la liquidación final de prestaciones sociales sobre la que se impone una sanción diferente a la estudiada, esto es, la indemnización moratoria. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias tales como la SL2443-2021 ha señalado:

“La sanción aquí contemplada establece el pago de un día de salario por cada día de retraso en la consignación al fondo correspondiente, la cual debe hacerse a más tardar el 14 de febrero del año inmediatamente siguiente al de su causación y solo hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, pues a partir de dicha data operará la prevista en el artículo 65 del CST, tal y como se enseñó en proveído CSJ SL859-2021:

Dicho de otro modo, como durante la vigencia de la vinculación laboral y hasta su culminación, el empleador no consignó la mencionada obligación, la sanción aplicable es la del numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; hasta el 8 de marzo de 2015, fecha de finalización del contrato de trabajo.

De ahí en adelante, la sanción correspondiente sería la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, toda vez que dichas sanciones moratorias, no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral, tal como lo reiteró la Sala en reciente sentencia CSJ SL417-2021; sin embargo, esa pretensión no la formuló la actora, de manera que no es posible condenar a su pago.



## **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo del empleador vencido en juicio.

## **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO. - MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **DECLARAR** que entre **HERNÁN GUILLERMO ARIAS LIDUEÑA** y **USA POSTAL S.A.** existió un contrato de trabajo por un (1) día, esto es, por el **23 de octubre de 2015.**

**SEGUNDO. - MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de indicar que se debe pagar por concepto de **cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones**, las sumas de **\$30.333,33, \$3.640, \$30.333,33 y \$15.166,66,** respectivamente.

**TERCERO. - REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **tercero** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en cuanto se efectuó condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, para en su lugar **ABSOLVER** a **USA POSTAL S.A.** del reconocimiento y pago de dicha pretensión.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00572 -01  
Demandante: **HERNÁN CASTILLO ARIAS LIDUEÑA**  
Demandado: **USA POSTAL S.A.**

**QUINTO.** - Costas en esta instancia a cargo del demandado.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA VICTORIA CRUZ MOLINA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Miguel Eduardo Cruz Rodríguez, a partir del 01 de octubre de 2014. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

## **1.2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta, en síntesis, que: 1) Contrajo nupcias con Miguel Eduardo Cruz Rodríguez el 18 de agosto de 1984; 2) Procreó dos hijas con su cónyuge: Doris y Angie Milena Cruz Cruz; 3) Convivió con el señor Cruz desde el 18 de agosto de 1984 y hasta el 26 de noviembre de 2011, fecha de su fallecimiento; 4) Acudió al entonces I.S.S. donde un funcionario les recomendó que únicamente efectuara la reclamación pensional Angie Milena Cruz Cruz; 5) Mediante Resolución 026400 de 2012, el I.S.S. le reconoció pensión de sobrevivientes a Angie Milena Cruz Cruz, hija del causante; 6) Angie Milena Cruz Cruz recibió la prestación hasta el mes de septiembre de 2013; 7) A través de la Resolución GNR 276322 de 2013, le fue negada pensión de sobrevivientes, por cuanto tal prestación se reconoció a favor de su hija, Angie Milena Cruz Cruz; y 8) El 14 de enero de 2014 interpuso recurso de apelación contra la Resolución GNR 276322 de 2013, no obstante mediante la Resolución GNR 80781 de 2015, se confirmó el acto administrativo inicial.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 48 a 54), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia

de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

En su defensa expuso que en el proceso debía ser probada una convivencia por más de cinco años, así como que Martha Victoria Cruz Molina dependía económicamente del señor Miguel Eduardo Cruz Rodríguez; y que transcurrido un mes de la publicación de la solicitud pensional en un diario de amplia circulación nacional, no se acercó ninguna persona a reclamar la prestación.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 29 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO. - DECLARAR** que la demandante es beneficiaria de la sustitución pensional como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge Miguel Hernando Cruz Rodríguez.

**SEGUNDO. - CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de la demandante, a partir del **18 de octubre de 2015**, en cuantía de **\$815.761**, justo con los reajustes anuales y dos mesadas adicionales.

**TERCERO. - CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional causado entre el 18 de octubre de 2015 a 30 de septiembre de 2020, en cuantía de **\$65'565.357,51**.

**CUARTO. - CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante **intereses moratorios** sobre las mesadas pensionales adeudadas, a partir del 18 de octubre de 2015 y hasta la fecha en que efectúe el reconocimiento y pago de la prestación junto con el retroactivo señalado.

**QUINTO. - DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 18 de octubre de 2015 y declarar no probadas las restantes en tanto que no enervaron las pretensiones.

**SEXTO. - CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada por haber sido vendida en juicio. En oportunidad se tasarán.

Como fundamento de su decisión el A Quo se valió del criterio de la Corte Suprema de Justicia según el cual es dable reconocer pensión de sobrevivientes a la cónyuge que demuestre una convivencia de cinco años en cualquier tiempo. Concluyó que

en el asunto se demostró a través de los testigos Angie Milena Cruz Cruz, Néstor José Bernal Mojica y Ángela María Crispin Sánchez, que la actora convivió con Miguel Hernando Cruz Rodríguez por más de cinco años, y que su convivencia fue continua e ininterrumpida.

Agregó que los derechos pensionales son imprescriptibles, por lo que nada impedía que se le reconociera la prestación; y que lo correcto hubiese sido reconocer la pensión a favor de la actora y de su hija, Angie Milena Cruz Cruz, de manera que cuando a la última se le extinguiera su derecho, se le acrecentara a la primera.

Al estudiar el fenómeno de la prescripción consideró que al elevarse reclamación administrativa el 05 de abril de 2013, agotarse la vía gubernativa con la Resolución GNR 80781 de 2015 (notificada el 26 de marzo de 2015), y demandarse el 18 de octubre de 2018, operó el fenómeno prescriptivo, puesto que transcurrieron más de los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.; y que por lo anterior, y al tenerse que se demandó el 18 de octubre de 2018, únicamente se logró la interrupción de la prescripción de las mesadas pensionales causadas con posterioridad a los tres años de la anterior fecha, por lo que no se extinguieron las mesadas causadas del 18 de octubre de 2015 en adelante, razón por la que, establecido el valor de la mesada en la suma de \$815.761; liquidó el retroactivo hasta el 30 de septiembre de 2020, cálculo que arrojó la suma de **\$65'565.357,51.**

En último término estimó que hay lugar a intereses moratorios, como quiera que la demandada no reconoció la prestación con fundamento en un argumento que se apartaba de la ley vigente; que dichos intereses moratorios se deben reconocer a partir de la misma fecha en que se ordena el pago de las mesadas, con ocasión a la ocurrencia del fenómeno prescriptivo.

#### **IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar sus argumentos.

#### **V. CONSIDERACIONES**

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el **artículo 69 del C.P.T. y S.S.**, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si la señora Martha Victoria Cruz Molina tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor Miguel Hernando Cruz Rodríguez.

##### **De la pensión de sobrevivientes**

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

41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Cruz Rodríguez **-26 de noviembre de 2011-** la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que indica:

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;"
- b) (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

En cuanto a la convivencia, la H. Corte ha explicado que, se presenta entre los miembros de una pareja cuando existe un *"acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia"* (sentencia del 05 de mayo de 2005, rad. 22560 reiterada en la SL605-2021).



En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia C-521-2007, sostuvo que la convivencia es *"aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Es así entonces, como conforme el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para efectos de determinar la convivencia y, en específico, para definir quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, siendo necesario acreditar la existencia de un vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado (CSJ SL4606 -2020).

Adicionalmente en relación al aspecto de la convivencia efectiva, en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, del régimen de convivencia de cinco años, señalando que la convivencia mínima de cinco años es requerida únicamente cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte del pensionado, de manera que, para los afiliados *"no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia"*.

No obstante, posterior a dicho pronunciamiento, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la interpretación dada por la primera corporación frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva. Asimismo, señaló la Alta Corporación que tal interpretación desconocía el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues reconocía derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes para el efecto, además de que aumenta el pasivo pensional en un 461% y omitía el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones.

Por último, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló que el precedente aplicable en la materia era la Sentencia SU-428 de 2016 cuya ratio decidendi enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

#### **DEL CASO CONCRETO.**

No son motivo de controversia y por ende están probados, los siguientes hechos:

- i) Que Martha Victoria Cruz Molina contrajo nupcias con Miguel Eduardo Cruz Rodríguez el 18 de agosto de 1984 (fls. 12 y 13).
- ii) Que la actora y el causante son los padres de Doris y Angie Milena Cruz Cruz; quienes nacieron el 21 de

noviembre de 1985 y el 27 de junio de 1990 respectivamente. (fl.18-19).

- iii) Que el señor Miguel Eduardo Cruz Rodríguez falleció 26 de noviembre de 2011 (fl. 20).
- iv) Que el causante Cruz Rodríguez tenía el status de **pensionado** para la fecha de su fallecimiento y desde el año 2001 según se acredita con la Resolución 0028863 de 2001 (medio óptico de folio 40).
- v) Que se reclamó la prestación de sobrevivientes el 28 de diciembre de 2011 por parte de Angie Cruz Cruz; prestación que le fue reconocida mediante Resolución 026400 de 2012, por parte del I.S.S. (fls.2 a 4).
- vi) Que posteriormente, el 05 de abril de 2016, la actora elevó solicitud de pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del causante; empero, mediante Resolución GNR 276322 de 2013, se negó la prestación argumentando que el derecho ya había sido otorgado a su hija, Angie Cruz Cruz; que la legislación castiga la morosidad o desidia en reclamar el derecho con su prescripción o caducidad; y que el I.S.S. efectuó el respectivo edicto emplazatorio, sin embargo, la actora no compareció a reclamar la prestación (fls. 5 a 8).
- vii) Dicha negativa quedó en firme mediante Resolución GNR 80781 de 2015 (fls. 9 a 11).

Conforme a los hechos probados y que no son objeto de controversia en este proceso, procede la Sala a verificar si se acreditaron los supuestos fácticos necesarios para que Martha Victoria Cruz Molina - en calidad de cónyuge - sea reconocida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del pensionado Miguel Eduardo Cruz Rodríguez, tal como lo disponen las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan el caso.

Como apoyo de las pretensiones, al sub lite, se allegaron las declaraciones extraprocesales de Néstor José Bernal Mojica, y

Angela María Crispin Sánchez, (folios 14 y 15), quienes manifestaron que la actora y el señor Miguel Eduardo Cruz Rodríguez estuvieron casados desde el 14 de agosto de 1984 y hasta la fecha de fallecimiento del último, 26 de noviembre de 2011; que durante todo ese tiempo convivieron juntos sin interrupción, compartiendo techo, lecho y mesa; que procrearon dos hijas, Doris Herminia y Angie Milena Cruz Cruz; y que la actora se dedicó especialmente al hogar.

Como prueba testimonial se recibieron las declaraciones o mejor, las ratificaciones de los testimonios de los señores **Néstor José Bernal Mojica, y Angela María Crispin Sánchez**, así como la de Angie Milena Cruz Cruz. Los anteriores testigos expusieron:

**Néstor José Bernal Mojica**, dijo que era el padrino de la primera hija de la actora, de Doris Herminda; que la demandante tiene otra hija, Angie Milena; que el padre de sus hijas era Miguel Eduardo Cruz Rodríguez, a quien conoció aproximadamente hace unos 50 años porque eran paisanos; que la actora y el causante convivieron en el barrio La Alquería; que iba al hogar de la demandante y el causante una o dos veces al año; que el causante y la accionante siempre convivieron juntos y hasta que él murió; y que el finado falleció de leucemia, lo cuidó su esposa, y que le consta tal situación porque lo visitó en su época de enfermedad en el Hospital San Rafael.

Por su parte, **Angie Milena Cruz Cruz** adujo que tuvo la pensión de su padre, Miguel Eduardo Cruz Rodríguez de 2012 a 2014; que su madre, es decir, la actora, no solicitó la pensión por una mala asesoría, ya que cuando fueron a las oficinas el I.S.S. les dijeron que si era ella la que solicitaba la pensión, la reconocían más rápido; que posteriormente, su mamá pidió la prestación, pero la negaron; que desde que sus padres se casaron, 18 de agosto de 1984, y hasta la muerte del señor Cruz, 26 de noviembre, convivieron juntos; que esa convivencia nunca se interrumpió; que vivía con sus padres en La Alquería, en una

casa que su papá compró antes de que se casara con su madre, pero que tal inmueble se vendió; y que sus padres siempre vivieron en la casa de La Alquería.

Finalmente, **Angela María Crispin Sánchez** manifestó que fue compañera de colegio de la actora, por lo que la conoce desde que tienen 15 años; que la demandante convivió con Miguel Cruz desde que contrajeron nupcias, lo que sucedió hace más de 37 años; que dentro del matrimonio el causante y la actora tuvieron dos hijas, Angie y Paola; que la demandante y el difunto convivieron juntos hasta el fallecimiento de él, que fue en el 2011, situación que le consta porque los visitaba frecuentemente, ya que vivían cerca y por su calidad de madrina de una de sus hijas; y que tiene entendido que la actora no solicitó la pensión, por cuanto Angie Milena Cruz necesitaba más el dinero para sus estudios.

El estudio integral de las anteriores probanzas permite concluir sin lugar a asomo de duda que, entre Martha Victoria Cruz Molina y Miguel Eduardo Cruz Rodríguez existió un acompañamiento espiritual permanente, así como una comunidad de pareja con vocación de permanencia real y efectiva, dado que tuvieron una relación como cónyuges desde el 18 de agosto de 1984 (fecha del matrimonio) hasta el 26 de noviembre de 2011 (fecha de la defunción del causante), en la que compartieron techo, lecho y mesa; procrearon dos hijas; no tuvieron rupturas; y se brindaban apoyo y ayuda mutua, todo ello por cuanto la valoración de la prueba testimonial arrimada al proceso es una prueba que se observa coherente, hilvanada y que logra dar cuenta de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dio la convivencia de la pareja.

De esta manera, en el caso bajo estudio, la Sala encuentra acreditada la convivencia del causante con Martha Victoria Cruz Molina en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1730-2020,

pues como quedó visto está demostrada la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia real y efectiva, y que se encontraba vigente para el momento de la muerte del señor Miguel Eduardo Cruz Rodríguez. En igual sentido, se observa que se acreditó el requisito de convivencia en los términos expuestos por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 2021, puesto se reitera, la actora y el causante, tuvieron una relación como cónyuges desde el 18 de agosto de 1984 hasta el 26 de noviembre de 2011, fecha del fallecimiento del causante, esto es, por más de cinco años, en la que compartieron techo, lecho y mesa; procrearon dos hijas; no tuvieron rupturas; y se brindaban apoyo y ayuda mutua.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que le asiste razón al A Quo al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Martha Victoria Cruz Molina en su calidad de cónyuge del pensionado, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia en tal sentido.

**En cuanto a la fecha de reconocimiento y prescripción.**

En consideración a que el fallecimiento del causante fue el 26 de noviembre de 2011, es a partir de dicha data que se debe reconocer la pensión de sobrevivientes, pues esta se causó en virtud de la defunción del señor Miguel Eduardo Cruz Rodríguez.

No obstante, en el presente asunto encontramos que operó la excepción de prescripción de algunas mesadas pensionales, concretamente las causadas con anterioridad al **19 de octubre de 2018**. Lo dicho, por cuanto si bien se solicitó por parte de la actora la pensión de sobrevivientes **el 05 de abril de 2013**, con lo que se logró interrumpir el fenómeno extintivo, la prescripción se mantuvo suspendida hasta que se desató el recurso de apelación, lo que sucedió a través de la Resolución GNR 80781 de 2015, notificada el **26 de marzo de 2015** (medio óptico de folio 40), por lo que debió demandarse para que no operara la

extinción de ninguna mesada, a más tardar el 26 de marzo de 2018, no obstante, solo se impetró demanda hasta el **19 de octubre de 2018** (fl.28).

Por tal motivo hay lugar al reconocimiento de mesadas pensionales a partir del **19 de octubre de 2015** y no como erróneamente lo declaró el A Quo, quien condenó al pago del retroactivo pensional desde el **18** de octubre de 2015, razones que imponen, en virtud de la consulta que se surte en favor de la pasiva a **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia, con el fin de establecer que la sustitución pensional de la actora se debe reconocer y pagar **a partir del 19 de octubre de 2015**; fecha que sea dicho de paso, Angie Milena Cruz Cruz no se encontraba devengando la pensión, puesto que ya había cumplido más de 25 años, recuérdese que nació el 27 de junio de 1990.

**En relación con la cuantía de la pensión de sobrevivientes, y el retroactivo.**

Teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes que se venía reconociendo por la pasiva a favor de Angie Milena Cruz Cruz ascendió a la suma de **\$753.594** para el año 2012, se hace necesario efectuar los correspondientes reajustes para establecer su valor para el año 2015, anualidad en la que se está reconociendo la prestación:

| FECHA FINAL | PENSIÓN       | REAJUSTE ANUAL |
|-------------|---------------|----------------|
| 2.011       | \$ 726.496,00 | 3,73%          |
| 2.012       | \$ 753.594,30 | 2,44%          |
| 2.013       | \$ 771.982,00 | 1,94%          |
| 2.014       | \$ 786.958,45 | 3,66%          |
| 2.015       | \$ 815.761,13 |                |

De esta manera, y dado que efectuados los cálculos de rigor la suma hallada en esta instancia resulta igual al que estableció la A Quo, esto es, **\$815.761**, dicho valor se confirmará.

En cuanto al retroactivo calculado por la jueza de conocimiento hasta el 30 de septiembre de 2020, tenemos una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, lo siguiente:

| RETROACTIVO  |                 |                |         |                         |
|--------------|-----------------|----------------|---------|-------------------------|
| AÑO          | VALOR MESADA    | REAJUSTE ANUAL | MESADAS | TOTAL                   |
| 2015         | \$ 815.761,13   | 6,77%          | 3,40    | \$ 2.773.587,85         |
| 2016         | \$ 870.980,73   | 5,75%          | 14,00   | \$ 12.193.730,21        |
| 2017         | \$ 921.039,55   | 4,09%          | 14,00   | \$ 12.894.553,63        |
| 2018         | \$ 958.710,06   | 3,18%          | 14,00   | \$ 13.421.940,87        |
| 2019         | \$ 989.197,04   | 3,80%          | 14,00   | \$ 13.848.758,59        |
| 2020         | \$ 1.026.786,53 |                | 11,00   | \$ 11.294.651,83        |
| <b>TOTAL</b> |                 |                |         | <b>\$ 66'427.222,99</b> |

Así, es claro que el retroactivo resultante es en esta instancia, \$66'427.222,99, es superior al establecido por la jueza de conocimiento, \$65'565.357,51, sin embargo, y en la medida que dicho monto no fue objeto de impugnación, y que en esta instancia se revisa además en consulta a favor de la entidad demandada, dicha suma se mantendrá.

#### **De los intereses moratorios.**

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de vejez, tal como lo señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su



función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo Colpensiones para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, mediante la Resolución GNR 276322 de 2013, fueron las siguientes: que el derecho ya había sido otorgado a su hija, Angie Cruz Cruz; que la legislación castiga la morosidad o desidia en reclamar el derecho con su prescripción o caducidad; y que el I.S.S. efectuó el respectivo edicto emplazatorio, sin embargo, la actora no compareció a reclamar la prestación.

Al respecto, basta con recordar que el derecho a la pensión es imprescriptible, y que no resulta ajustado a derecho ni a la Constitución que, por el solo hecho de falta de agotamiento de un trámite administrativo o por haberse ordenado la publicación de edictos sin la comparecencia de más interesados se extinga el derecho pretacional que es fundamental, tal y como lo ha sostenido tantas veces en pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Al punto, se trae a colación la sentencia SL226 de 2021 reiterada en la SL1670-2021:

“En el expediente fue acreditado que la señora Juana Beatriz Alomia de Suárez, en su calidad de cónyuge supérstite de José Sirio Suárez Riascos, elevó su solicitud de sustitución pensional, y que, como consecuencia de lo anterior, el extinto Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puestos de Colombia emitió la Resolución No. 2328 del 6 de diciembre de 1996 (f. 122-123 cuaderno principal N. 1), a través de la cual procedió al reconocimiento pensional, además de haber ordenado las publicaciones de los edictos, de conformidad con la Ley 44 de 1980, para entonces vigente, que establecían lo siguiente:

[...] Con todo, no puede concluirse como lo sugiere la entidad recurrente, que el agotamiento del procedimiento administrativo sea concluyente en la

definición del derecho pensional o altere sus efectos económicos, pues por tratarse de una prestación de rango fundamental, que tiene como propósito proveer el apoyo monetario para aquellos que dependían económicamente del causante, evitando que queden sin un ingreso que les permita subsistir por el acaecimiento de un suceso intempestivo, como la muerte de quien velaba por ellos, la disputa o reconocimiento definitivo puede hacerse en cualquier tiempo, y por ello, se le reconoce su carácter imprescriptible, no así las mesadas, las cuales son objeto de dicho fenómeno". (Subrayado por la Sala).

Así las cosas, considera la Sala que las razones aducidas por la entidad administradora de pensiones no se encuentran ajustadas a derecho ni a la normatividad legal, pues es claro que la pensión de sobrevivientes es un derecho irrenunciable e imprescriptible, que no se extingue por el paso del tiempo, ni mucho menos por el agotamiento de un trámite administrativo.

Por tanto, se considera acertada la condena por intereses moratorios, por lo que se procederá a verificar desde que fecha deben ser reconocidos, para lo que se hace necesario acudir al artículo 1° de la Ley 717 de 2001, según el cual, la entidad de pensiones cuenta con dos (02) meses luego de radicada la solicitud pensional para reconocer el derecho.

De esta manera, sería dable contabilizar los intereses moratorios después de cumplidos los dos meses de haberse radicado la solicitud por parte de la actora, sino fuera porque la reclamación que se elevó data del 05 de abril de 2013, se agotó el trámite administrativo al desatarse el recurso de reposición a través de la Resolución GNR 80781 de 2015, y no se demandó dentro de los tres años siguientes la notificación de dicho acto administrativo, por lo que, operó la extinción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2015, como se señaló en el acápite de prescripción.

En esas condiciones, no es dable contabilizar los intereses moratorios desde el 05 de junio de 2013, pues se reitera operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2015. Así, y dado que el A Quo estableció que los

intereses moratorios se debían reconocer a partir del 18 de octubre de 2015 y hasta la fecha en que se efectúe el reconocimiento y pago de la prestación junto con el retroactivo señalado, la Sala encuentra necesario **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del **19 de octubre de 2015**, se deben liquidar a partir de la causación de cada mesada pensional hasta que se haga efectivo su pago.

#### **VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VI. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de establecer que la sustitución pensional se debe reconocer y pagar a partir del 19 de octubre de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. - MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, de la sentencia de origen y fecha conocidos, el cual quedará así:

**“CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de MARTHA VICTORIA CRUZ MOLINA, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales causadas a partir del 19 de octubre**

de **2015**; intereses moratorios que se deberán liquidar a partir de la causación de cada una de estas mesadas hasta que se haga efectivo su pago.

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

**CUARTO. - Sin costas** en esta instancia.

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

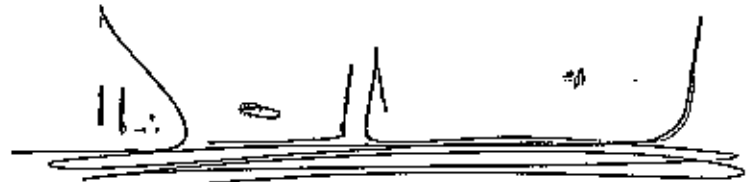
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE ENRIQUE REYES ROJAS** promoviese contra **COLPENSIONES Y GERMÁN ROJAS**.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con GERMÁN ROJAS del 09 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004; que GERMÁN

ROJAS pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial por el tiempo laborado; que COLPENSIONES reconozca y pague una pensión de vejez a partir del 20 de agosto de 2008, indexación, e intereses moratorios.

Subsidiariamente, solicitó que en caso de que se considere incompatible la indexación con los intereses moratorios, se reconozca la más favorable; y, si no se reconoce pensión de vejez, se acceda al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes.

### **1.2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: 1) Nació el 20 de agosto de 1948; 2) Laboró a favor de GERMÁN ROJAS del 09 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2014; 3) Se encuentra afiliado al I.S.S. desde el 20 de mayo de 1969; 4) Laboró para la Beneficencia de Cundinamarca del 18 de diciembre de 1985 al 31 de julio de 1996; 5) El 29 de abril de 2010 solicitó pensión de vejez, pero le fue negada mediante la Resolución 018469 de 2011; y 6) Interpuso recurso de reposición, empero a través de la Resolución GNR 257681 de 2013, se confirmó el acto administrativo inicial.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificados los convocados, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 36 a 43), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que no existe afiliación por parte de GERMÁN ROJAS por los periodos del 09 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004; y que ante la falta de afiliación, no era posible realizar un cobro coactivo, pues desconocía la existencia de relación laboral.

Por su parte, frente a **GERMÁN ROJAS** mediante auto del 04 de agosto de 2020, se le tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda (fl. 67).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que los testigos Saúl Hernando Reyes Plaza y José Alfonso Reyes Rojas son unánimes en señalar que le efectuaban trabajos esporádicos a Germán Rojas, que esas labores se llevaron a cabo entre los años 2000 y 2005, por lo que no existe certeza de días y meses, esto es, de los momentos en que el demandante desplegó su labor; que se desconoce en qué fechas el actor prestó sus servicios, y en cuales no; y que lo anterior, impide establecer los extremos temporales de la relación laboral conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que en el interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para el periodo 2000-2005 era conductor, por lo que no se podía deprecar confesión.

Adujo que si bien el accionante es beneficiario del régimen de transición, dado que acreditaba más de 40 años al 01 de abril de 1994; y que conservó su régimen de transición hasta el 2014, como quiera que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, acumulaba más de 750 semanas; lo cierto es, que no acredita los requisitos para tener derecho a una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, esto es,

1000 semanas en cualquier tiempo, o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ya que, tan sólo alcanza 873,02 semanas, de las cuales, 476 fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

En último término, señaló que el accionante no es beneficiario de la pensión por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, pues no acumula 20 años de prestación de servicios entre tiempos públicos y privados, dado que acumula 873,02 semanas.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

**LA PARTE DEMANDANTE** expuso que quedó plenamente demostrado con las declaraciones de los testigos y con el interrogatorio del demandado, que el actor prestó sus servicios a favor del demandado; que el accionante en ningún momento confesó que no hubiera un contrato de trabajo, por el contrario, fue el demandado quien aceptó la vinculación laboral; que conforme a las pruebas aludidas, el accionado tuvo un taller de carpintería, y que trabajó junto con sus hermanos, que el taller funcionó en dos oportunidades, que el actor laboró bajo las órdenes del demandado de 2000 a 2005.

Adujo que el juzgado citó una jurisprudencia de la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, quienes no se pueden apartar de la jurisprudencia de la sala permanente, última entidad que establece que no se puede exigir con exactitud los extremos temporales, y que se puede tener cuando se acredita la prestación de servicios por años, el último día del año frente al extremo inicial, y el primer día del año frente al extremo final.

Finalmente, adujo que con las semanas laboradas con Germán Rojas, el accionante lograría un total de 1087 semanas, con las que podría acceder a una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 71 de 1988; que aunado a lo anterior, el demandado aceptó que el demandante trabajó con él



de 1973 a 1980; que conforme a los testigos si bien se trabaja esporádicamente, se hizo alusión a un tiempo de diez meses, que si se tiene en cuenta permitiría que se tengan las 500 semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990; y que lo que se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión, es el trabajo, y no los aportes que se efectuaron.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora y de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado que el señor Jorge Enrique Reyes Rojas laboró al servicio de Germán Rojas entre el 09 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2004; y si hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor del actor.

### **Del contrato de trabajo y sus extremos temporales**

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo<sup>1</sup>, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo<sup>2</sup> y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre muchas otras.

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

Igualmente, y en relación con la acreditación de los extremos temporales la misma corporación en sentencia del 24 de abril de

---

<sup>1</sup> Artículo 23 C.S.T. **ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.** <Artículo subrogado por el artículo 10. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

<sup>2</sup> **“ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 20. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

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

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

En igual sentido, en sentencia del 04 de noviembre de 2013, Rad. 37865, la misma corporación señaló:

“La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que **no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada**, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

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

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

Demandante: **JORGE ENRIQUE REYES ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GERMÁN ROJAS.**

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

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000" (Subrayado por la Sala).*

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

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

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

correspondía a los límites o extremos temporales señalados en la demanda inicial.” (Subrayado y Negrillas por la Sala).

### **De las pensiones del régimen de transición pensional.**

El régimen de transición pensional es un mecanismo de protección de expectativas pensionales que consiste en que las reglas legales del régimen actual se combinan con las reglas del régimen anterior.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al 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 acrediten 15 años o más de servicios cotizados.

**“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** 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 dos 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 treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas 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 (...).

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “*al entrar en vigencia el sistema*”, es decir, por regla general el 1 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Demandante: **JORGE ENRIQUE REYES ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GERMÁN ROJAS.**

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que la Ley 100 de 1993 extendía hasta el 2014, restringiéndolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes finalmente se les extiende el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Sobre el tópico, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia tiene sentando que:

“El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, pero, en aras de salvaguardar las expectativas de la personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios. Puntalmente la norma establece:

Parágrafo transitorio 4°. 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.

De lo anterior deriva, que quienes no causaran el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010 se acogerían al nuevo sistema general de pensiones, a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición” (sentencia SL1466-2021).

#### **DEL CASO CONCRETO.**

No son motivo de controversia y por ende están probados, los siguientes hechos:

- i) Jorge Enrique Reyes Rojas nació el 20 de agosto de 1948 (fl. 12).
- ii) El actor laboró en la Beneficencia de Cundinamarca del 18 de diciembre de 1985 al 31 de julio de 1996 (fls.11 y 22 a 29).

- iii) El accionante cotizó a Colpensiones **378,57** semanas (medio óptico de folio 44)
- iv) El demandante solicitó pensión de vejez el 29 de abril de 2010, no obstante, le fue negada mediante Resolución 018469 de 2011 (fls. 14 a 17), confirmada mediante Resoluciones GNR 257681 de 2013 (fls. 18 y 19) y Resolución VPN 2313 de 2014 (medio óptico de folio 44).
- v) Mediante la Resolución GNR 30232 de 2015 le fue concedida indemnización sustitutiva al accionante por valor de \$4'312.891 (medio óptico de folio 44).

Evidenciados los hechos probados, se procede a la revisión de la demás prueba arrimada al proceso, encontrando la **testimonial** de Saúl Hernando Reyes Plaza y José Alfonso Reyes Rojas.

**Saúl Hernando Reyes Plaza**, manifestó que el señor Germán Rojas tuvo varios talleres de carpintería, los que estuvieron ubicados en el Restrepo, en el Barrio Inglés, y en el Centenario; que trabajó con Germán Rojas desde el año 2000 hasta el año 2005; que su labor fue eventual; que el actor para el año 2000 trabajó conduciendo buseta, pero eventualmente trabajaba en el taller; que hubo un tiempo en el que el demandado o de tener el taller porque este no le daba ni para pagar el arriendo; que esporádicamente Germán Rojas abría el taller, y en ese tiempo iba a trabajar con él; que no recordaba muy bien los tiempos en que laboró con Germán Rojas; que Germán Rojas le pagaba un salario, que tenía un horario de trabajo de 8:00 AM a 5:00 PM, y sábados medio día; que sus labores eran esporádicas porque se acababa un trabajo y descansaban una semana, y si resultaba algo que hacer los llamaban otra vez; y que el demandante siempre laboró con su hermano, entre los años 2000 y 2005.

Por su parte **José Alfonso Reyes Rojas**, manifestó que el demandante y el señor Germán Rojas eran sus hermanos; que Germán Rojas siempre tuvo un taller; que cuando podía iba a

trabajar con Germán Rojas; que en la carpintería no había trabajo constante, que Germán Rojas los llamaba a veces, y les decía que había un trabajo bueno, que fueran y le colaboraban; que el trabajo era esporádico, a veces era cuatro o cinco meses, pero cuando no había les tocaba irse a trabajar en otro lado; que el actor estuvo con el demandado como desde el 2000; que el actor laboró con Germán Rojas aproximadamente un periodo de 15 años; que el actor empezó a laborar más o menos en 1979-1980, y luego volvió para los años 2000-2001 y estuvo hasta el año 2004 o 2007; que Germán Rojas les pagaba sueldo; que se cumplía horario de trabajo, pero que era como una forma de coordinar la seriedad de sus trabajos; que lo más tarde que llegaban era a las 8:00 AM; y que cada uno de ellos respondía por su trabajo.

Por su parte, **rindió interrogatorio** de parte el demandado **Germán Rojas**, manifestando que la primera etapa en la que tuvo un taller de carpintería fue entre 1974 y 1987; que luego fue conductor de buseta; que nuevamente puso un taller aproximadamente en 2012, ocho años atrás; que el actor trabajó para él entre 1973 y 1980; y que el actor trabajaba de lunes a sábado, pero nunca lo afilió a seguridad social.

Pues bien. Evaluado el material probatorio arrimado al proceso, lo primero que la Sala debe decir es que no existe prueba documental alguna que dé cuenta de la prestación de los servicios del actor a favor de GERMÁN ROJAS.

En relación con los testigos allegados, la Sala evidencia de igual manera, la orfandad probatoria frente al punto en análisis por cuanto los mismos no resultan certeros, fidedignos ni fehacientes en sus declaraciones, es decir dichos testigos no ofrecen suficiente credibilidad para tener por acreditado el elemento de la prestación del servicio; ello, al evidenciar contradicciones que impiden dar claridad y certeza respecto de lo que se declaró. En efecto:



El señor Saúl Hernando Reyes Plaza informó que laboró para Germán Rojas desde el año 2000 hasta el 2005, no obstante, también adujo que para el año 2000, dicho demandado había dejado de lado su carpintería, puesto que este no le daba ni para pagar el arriendo.

Saúl Hernando Reyes Plaza adujo que entre los años 2000 y 2005, el actor siempre laboró con Germán Rojas, no obstante, y además que para dicho periodo se entiende que había cerrado su carpintería por su situación económica, el testigo José Alfonso Reyes Rojas informó que la labor del accionante era esporádica y/o eventual, que ello dependía de que al señor Germán Rojas le saliera un buen trabajo.

Ahora, si en gracia de discusión se estimare que las declaraciones de los testigos ofrecen credibilidad, se arribaría a la misma conclusión que el A Quo, esto es, que no están fehacientemente acreditados los extremos temporales.

En efecto, el testigo José Alfonso Reyes Rojas fue claro en manifestar que Jorge Enrique Reyes Rojas prestó servicios a favor de Germán Rojas, no obstante, no informa con claridad un año en que pudo iniciar o terminar la relación laboral, pues en algunas ocasiones hace alusión a que el extremo inicial fue el año 2000, y otras, en el año 2001; asimismo, manifiesta como extremo final, los años 2004, 2005, y 2007, escenario que imposibilita que el juzgador determine o por lo menos aproxime con algún grado de certeza las fechas en las que se extendió la relación laboral. Aunado a lo anterior, el testigo manifestó que la relación laboral era esporádica y/o eventual, y que dependía de cuando al señor Germán Rojas le surgiera un buen trabajo, por lo que podían estar algunos tiempos sin efectuar ningún tipo de labor.

Sobre el tópico, no desconoce la Sala que es deber del juzgador establecer los extremos que aparezcan probados, siempre y cuando se encuentren dentro del lapso alegado en la demanda - 09 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2004- en virtud del principio *infra petita*, no obstante, en las condiciones antes expuestas no resulta dable determinar cuáles fueron los periodos en que se prestó el servicio, pues además de que se hace alusión a diferentes años como extremo inicial y como extremo final, la relación se vio interrumpida en diferentes oportunidades, sin que sea dable establecer con certeza en qué periodos se laboró.

Por otra parte, señala el apoderado de la parte actora que no se tuvo en cuenta que en interrogatorio de parte el señor Germán Rojas confesó que su hermano Jorge Enrique Reyes Rojas, laboró a su servicio entre el 1973 y 1980, no obstante, la Sala no puede declarar tales extremos temporales, como quiera que en la demanda se pretendió la declaratoria de un contrato de trabajo entre el 09 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2004; se reitera que para que el juzgador pueda declarar otros extremos temporales en virtud del principio *infra o minus petita*, los tiempos que se encuentran acreditados tienen que estar dentro de los requeridos en la demanda; sin embargo el periodo de 1973 a 1980 es anterior al periodo del 09 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004.

Igualmente, y sobre el tópico, no sobra advertir que los únicos jueces que gozan de las facultades *ultra y extra petita*, son los jueces de única y de primera instancia. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2808-2018 reiterada en la sentencia SL1840-2021, explicó:

“Así, en proveído CSJ SL9518-2015, se refirió la Sala:

[...] de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que las facultades *ultra y extra petita* contempladas en la norma en mención se

encuentran reservadas para el juez de primera o de única instancia, de modo tal que solo le está reservado a éste conceder salarios, prestaciones o indemnizaciones más allá de los pedidos o diferentes de los solicitados cuando los hechos en que se originen se encuentren debidamente discutidos y probados dentro del juicio, siendo que el juzgador de segundo grado no puede hacer uso de estas facultades oficiosas, al no estar contempladas dentro del ejercicio de sus funciones legales.

En efecto, en la sentencia CSJ SL, 21 ago. 2013, rad. 43673, sobre este punto en particular se dijo:

*"Por otra parte, al dejar de ser abordado por el a quo, el punto quedó definitivamente excluido del proceso, pues, con arreglo a lo establecido en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los únicos autorizados para hacer uso de las facultades ultra y extra petita son los jueces de única y primera instancia. Entre otras, en la sentencia del 24 de agosto de 2011, Rad. 46274, la Corte precisó sobre el tema:*

*"En sede de instancia, se tiene en cuenta la jurisprudencia que esta Sala ha asentado en múltiples oportunidades, respecto a las facultades ultra y extrapetita de los jueces de segunda instancia, entre ellas, la proferida el 9 de septiembre de 2004, radicada con el número 22862, lo siguiente:*

*"Con anterioridad a la inexecutable parcial del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, declarada mediante la sentencia C-662 de 1998 de la Corte Constitucional y, aún, con posterioridad a la misma, ha sido criterio pacífico de esta Sala, entre otras, en la del 18 de octubre de 2000, Radicación No. 14381, que las facultades extra y ultra petita que consagra la norma citada las tiene exclusivamente el juez laboral de primera instancia y, luego, con posterioridad a tal declaratoria, dicha potestad la tiene el mismo funcionario en los procesos laborales ordinarios de única instancia, pues de conformidad con la sentencia de marras, la demanda de inconstitucionalidad parcial presentada en contra del referido artículo 50, pretendía que esta facultad se extendiera a los procesos laborales de única instancia, cesando así su exclusividad para los jueces de primer grado en los procesos de doble instancia, habiendo sido esa la decisión de la Corte Constitucional.*

*"Por otro lado, no cabe duda que la teleología de la norma acusada, antes y después de la referida inconstitucionalidad parcial, no es otra que la de garantizar a las partes el debido proceso, el derecho a la defensa y, la de evitar decisiones que atenten contra el principio de la no reformatio in pejus, pues de tener estas facultades el juez de segunda instancia, en sus decisiones podría sorprender a una de las partes con un fallo incongruente con las pretensiones del libelo inicial, dejando a la parte afectada sin la oportunidad de poder contrarrestar esta decisión, pues no debe olvidarse que este juez sigue atado al principio de la congruencia en sus fallos.*

*"Esto dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-662 del 12 de noviembre de 1998 citada, al resolver sobre la constitucionalidad de la expresión "de primera instancia" contenida en el artículo 50 del C. de P.L. y de la S.S.:*

*"El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien "puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada,*

Demandante: **JORGE ENRIQUE REYES ROJAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y GERMÁN ROJAS.**

*o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería "superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem", ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31).*

*"(...) Por las razones expuestas, dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutive del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados".*

Con base en los razonamientos brevemente expuestos, la Sala considera que la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual será CONFIRMADA en su integridad.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

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

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

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

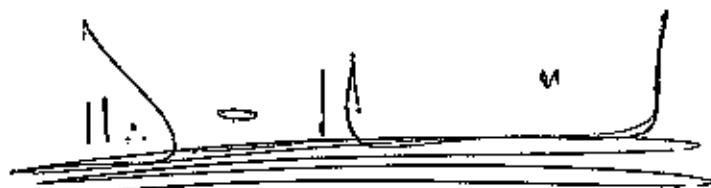
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

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



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ENRIQUE VEGA LEÓN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Hechos.**

La parte demandante aspira a que se reconozca y pague el incremento adicional de la pensión del 14% sobre el SMLMV por su compañera permanente, así como su correspondiente

retroactivo pensional desde el 1° de abril de 2012 en 14 mensualidades anuales, sumas a pagar debidamente indexadas.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes

### **1.2. hechos:**

1) Le fue reconocida pensión de vejez por parte del ISS mediante Resolución 112045 del 12 de julio de 2012; 2) La pensión de vejez fue reconocida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; 3) Ni el ISS ni Colpensiones le han reconocido un pagado el incremento por personas a cargo de que tratan los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990; 4) Tiene vínculo conyugal vigente desde hace 25 años con Ana Isabel Delgado Pérez, con quien convive; 5) Ana Isabel Delgado Pérez depende económicamente, única y exclusivamente de él, no recibe ingreso, pensión ni renta alguna; 6) Se presentó reclamación administrativa ante Colpensiones; 7) Mediante comunicado de fecha 1° de agosto de 2016 negó las peticiones del actor.

### **Actuación Procesal.**

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES** (fls. 26-32), dio respuesta al libelo genitor, oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso, en síntesis, que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales del 14%, como quiera que no acredita los requisitos de dependencia económica,

así como de no disfrute de pensión alguna de su compañera permanente.

Adicionalmente, argumentó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los incrementos por persona a cargos establecidos por el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia, es decir, desaparecieron de la vida jurídica, ya que el sistema general de seguridad social en pensiones, no contempla dichas prestaciones ni las incluyó dentro de aquellas que conservan vigencia con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, como sucede con los derechos establecidos en el artículo 36 de la norma en comento.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**"PRIMERO:** CONDENAR a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar al señor Luis Enrique Vega León el incremento pensional de 14% por conyugue a cargo retroactivo que calculado al 31 de octubre de 2020 asciende a la suma de NUEVE MILLONES CUATROSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$9. 458.249) así como a continuar pagando el incremento pensional del 14% por conyugue a cargo hasta cuando persistan las causas que dieron su origen. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a los incrementos pensionales causados con anterioridad al 1 de agosto de 2013.

**TERCERO:** ORDENAR a que el incremento del 14% sea debidamente indexado desde el momento en que cada uno se hizo exigible y hasta el momento en que se produzca su pago efectivo.

**CUARTO:** DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas. (...)"

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que el Acuerdo 049 de 1990 consagró un incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero permanente que dependa económicamente



del pensionado y no disfrute de ninguna pensión, incrementos que, a juicio de la a quo se encuentran vigentes para aquellas personas a las cuales les fue reconocida la pensión de vejez en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ya sea por derecho propio o en virtud del régimen de transición.

Indicó que en sentencia SL 9592 del 13 de julio de 2016 radicado 53575 la Corte Suprema de Justicia indicó que esos incrementos del 14% no fueron derogados por la aparición de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto son procedentes para aquellos pensionados a los que les fue reconocido ese derecho directamente por el Acuerdo 049 de 1990 o a través del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, caso último que se aplica al caso bajo estudio y en la misma línea la SL 2955 del 31 de julio de 2019 reiteró el mentado criterio.

Para el caso bajo estudio, expuso que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez en virtud de la Resolución 112045 del 2012 aplicándole para tal efecto el Acuerdo 049 de 1990, así mismo, se allegó declaración extrajuicio rendida por la señora Diela García González quien manifiesta que conoce al demandante y a su esposa, que sabe que conviven bajo el mismo techo desde hace 25 años, que ella no trabaja, no es pensionada y depende económicamente del demandante, y lo mismo fue declarado por el señor Luis Hernando Delgado Pérez; también se recibió el testimonio de la hermana y sobrina del demandante.

Consideró que en el presente asunto y con las pruebas allegadas se establece que la señora Isabel Delgado depende económicamente del demandante, dependencia que, si bien no debe ser absoluta, debe ser de tal envergadura que sin la ayuda de su cónyuge no podría tener una congrua subsistencia, situación que se presenta en el caso bajo estudio, ya que se demostró que el accionante es quien sufraga los gastos económicos de su esposa.

Frente a la prescripción, dijo que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo prescriben 3 años después de la solicitud del reconocimiento pensional, sin embargo la a quo, atendiendo las múltiples interpretaciones del tema, aplicó el principio protector del in dubio pro operario, acoge la tesis que debe aplicarse una prescripción trienal sobre las mesadas causadas y no sobre el derecho como tal, en consecuencia, como quiera que la pensión le fue reconocida al demandante mediante Resolución 11245 del 2012, se elevó la solicitud ante Colpensiones el 1° de agosto de 2016 y presentó demanda el 24 de noviembre de la misma anualidad, se deberá contar el término trienal desde el momento de la presentación de la correspondiente reclamación administrativa y se entenderán prescritos los incrementos pensionales causados con anterioridad al 1° de agosto de 2013.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** expuso que el Acuerdo 049 de 1990 fue derogado por la Ley 100 de 1993 y que su artículo 36 nada dispuso sobre incrementos pensionales, entendiéndose que estos ya no existen en la vida jurídica.

Indicó que, si bien es cierto el demandante fue pensionado bajo el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año, dicho incremento no se encuentra dentro de la norma actual, ya que está derogado como lo señaló la sentencia SU 140 de 2019, en la que se expuso que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 los incrementos del Decreto 758 perdieron vigencia y desaparecieron de la vida jurídica, así mismo, debe entenderse que los mismos son accesorios y no de la naturaleza de la pensión de vejez.

Adujo que, si bien es cierto la Ley 100 no derogó expresamente los artículos 21 y 22 del pluricitado Decreto, lo

cierto es que la norma deroga de manera tácita todas las normas y disposiciones legales que le sean contrarias a la misma, como sucede en este caso.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 04 de mayo del 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 24 de mayo enero del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado el apoderado del demandante, quien reiteró lo expuesto en demanda.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

### **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego

de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?.

### **De los incrementos pensionales por personas a cargo**

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un asunto que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los

derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1º de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieran cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

## **VI. DEL CASO CONCRETO**

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución 112045 del 12 de julio de 2012, obrante a folios 14 y archivo No. 002 del plenario.

Consecuentemente, estando probado en el proceso que el demandante es pensionado en el riesgo de vejez con base en el

Acuerdo 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1º de abril de 1994, debe concluirse necesariamente que no le asiste el derecho al incremento pensional por personas a cargo que reclama con fundamento en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; lo anterior, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, pues al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de justicia incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

Así las cosas, se tiene que como el demandante goza actualmente de una pensión de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1º de abril de 1994 resulta claro nítido que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Demandante: **LUIS ENRIQUE VEGA LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES**

Por lo antes expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra.

En esta instancia no se causaron costas.

## **VII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, para en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia

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

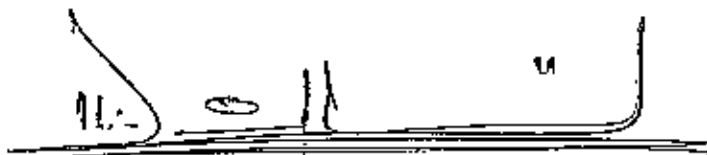
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**TERCERO:** RECONOCER personería jurídica a la doctora **DANIELA PALACIO VARONA**, identificada con C.C. No. 1.019.132.452 y T.P. No. 353.307 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

**II. SENTENCIA**

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada **PORVENIR S.A.**, y a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el



Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ÁLVARO EMIRO CADAVID ARANGO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare ineficaz o “nulo” el traslado de efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones, a recibir dichos dineros.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Según historia laboral de Colpensiones, se registra que fue vinculado al régimen de prima media a través del ISS el 08-06-1987; 2) Conforme historia laboral expedida por Porvenir S.A., aparece vinculado a ese fondo desde el mes de mayo de 1999; 3) Se le aplicó la fórmula de vinculación conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, sin ninguna asesoría; 4) Porvenir S.A. influyó en la firma o rúbrica que estampó en el formato de solicitud de vinculación; 5) El formato de solicitud de vinculación, ha restringido su voluntad de afiliación al momento de su firma, por la falta de una explicación sobre las implicaciones del traslado; 6) A su juicio fue “engañado y asaltado en su buena fe” por el asesor de la AFP que le hizo firmar el formulario sin darle la asesoría clara y precisa para tomar una decisión; 7) El formulario de afiliación no contiene información sobre las implicaciones que conlleva dejar el régimen anterior; 8) Porvenir S.A. omitió dar una información clara, entendible y específica sobre las consecuencias del traslado de régimen, el régimen de transición, entre otros aspectos; 9) Tampoco se le dio información sobre las condiciones en las cuales le sería reconocido su derecho pensional; 10) Porvenir faltó al deber profesional de analizar su situación pensional para aconsejarlo de manera diligente sobre la conveniencia o no del traslado.

#### **Actuación Procesal.**

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 87-99), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Indicó que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Porvenir S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a dicha entidad, por lo que no procede la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales de nulidad, es potísimo probarlas en el proceso.

Adujo que en el proceso obran medios de prueba documentales suficientes, que conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el asesor de Porvenir suministró la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado de régimen pensional.

Resaltó que no es procedente que se declare que Colpensiones deba aceptar el traslado del accionante, ya que a la fecha cuenta con más de 50 años de edad, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, siendo imposible, jurídicamente, efectuar el traslado.

Expuso que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambiarse de régimen y que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Finaliza diciendo que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS se encuentra prescrita, pues ya se ha superado el plazo de 3 años establecido en el artículo 151 del CPTSS o el de 4 años previsto en el artículo 1750 del C.C.

**PORVENIR S.A.** (fls. 116-138) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen

realizado por el demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

***PRIMERO:** Declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del mes de mayo de 1999.*

***SEGUNDO:** Condenar a la demandada Porvenir, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración*

***TERCERO:** Condenar a la demandada Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.*

***CUARTO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)"*

En síntesis, la juez A Quo adujo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 12136 del 2014 – rad. 49296, y en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, ha adoctrinado que en casos como el presente, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz.

Refirió que, en múltiples pronunciamientos, la mencionada Corporación ha sido enfática en manifestar que es deber de las administradoras brindar información suficiente sobre las características del RPM y el RAIS, pues desde su creación las AFP tenían la obligación de suministrar a los usuarios una información completa, a fin de que estos pudieran tomar una decisión libre y consciente sobre su futuro pensional.

Adicionalmente, indicó que la suscripción del formulario no basta para demostrar que existió un consentimiento informado, que la carga de la prueba corresponde a los fondos de pensiones y que el contenido mínimo del deber de información comprende una ilustración frente a las características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer si el afiliado es beneficiario del régimen de transición y la pérdida de los eventuales derechos de transición.

Para el caso particular, indicó, que el demandante afirma que no se le brindó una información clara y precisa frente a las características propias del régimen, por lo que dijo la *a quo*, para el año de 1999 no era obligatorio para el fondo de pensiones suministrar una proyección pensional que debiera ser entregada por escrito a los posibles afiliados, ya que esta obligación nació posteriormente, por lo que no hay lugar a verificar si dicha proyección fue entregada.

Sin embargo, dijo, sí era obligación del fondo de pensiones, ilustrar frente a las características propias de cada régimen pensional para que el afiliado tomara una decisión informada, teniendo en cuenta las diferencias de cada régimen, las modalidades existentes y los requisitos para obtener la pensión en cada uno.

Para el caso bajo estudio, expuso, se tiene que la asesora de Porvenir S.A. no brindó dicha información, sin que se pueda subsanar dicha falencia o sin que se pueda trasladar dicha responsabilidad al demandante diciendo que él podía acudir al fondo a indagar sobre su mesada, ya que es el fondo el que debe brindar dicha información al momento de la asesoría inicial.

Concluye indicando que, si bien fue allegado el formulario de afiliación que demuestra que fue suscrito el 1° de mayo de 1999 por el demandante, no se encuentra acreditado que dicha suscripción haya estado precedida de un consentimiento debidamente informado.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.**

Adujo que, al momento de la afiliación del demandante a esa AFP, el ordenamiento jurídico no establecía una forma concreta en que las AFP debían brindar la información, como tampoco la obligación de documentarla más que con el formulario de afiliación, sin que tenga sentido requerir una prueba documental, cuando al momento de la afiliación sólo se requería archivar el documento de afiliación como manifestación de la voluntad del afiliado, además, no es lógico que se exijan pruebas documentales que nacieron con posterioridad a la afiliación del demandante y que, en todo caso no pueden tener efectos retroactivos.

Destacó como criterio para fundamentar la voluntad del actor de querer permanecer en el régimen privado, los actos que realizó con la administradora como la suscripción de formulario, el no realizar traslado, lo cual demuestra su correspondencia entre voluntad y acción, sin que pueda descargarse el deber de información solo en la AFP, ya que en virtud del principio de igualdad, dicho derecho recae también sobre el afiliado.

Frente a la condena en gastos administrativos, expuso que no la considera pertinente, pues estos tienen, por mandato legal, una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su objetivo durante el periodo que el demandante ha mantenido su afiliación, de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida en la ley.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 25 de marzo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades

descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al

abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha exployado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada si es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

| Etapa acumulativa    | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                                                                                          | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                         |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |

|                                                                |                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|----------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                     | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 0016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                           |

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

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar



información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

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

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

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

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

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

## **VI. EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 08/06/1987 (fl 28 y 101); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 19/05/1999 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 27 y 129); y **iii)** que el día 01/11/2018 (fls. 33 y 35) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folios 27 y 129 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 19/05/1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose los fondos privados en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

En lo que respecta a la ratificación, otro de los argumentos presentados por PORVENIR S.A. en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por la permanencia del demandante en dicha entidad o por el cumplimiento o pago de los aportes.

Frente a la inconformidad del demandado apelante PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el *a quo*, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad,

encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

## **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

### **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionada, esto es Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO .- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!



Código Único de Identificación: 11001310502820190001201

Demandante: **MARCELA FABIOLA LUNA HOYOS**

Demandado: **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. Y PORVENIR S.A**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**TERCERO:** Téngase por reasumido el poder por el Dr. **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ**, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

**II. SENTENCIA**

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, y se estudia en

**GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARCELA FABIOLA LUNA HOYOS promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la afiliación efectuada por la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones Pensionar S.A. hoy Old Mutual en el mes de julio de 1995, así como el realizado a Porvenir S.A. en el mes de noviembre de 2006.

Así mismo, solicita se ordene Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, seguros, sumas adicionales de la aseguradora, etc, junto con todos sus frutos e intereses y a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 22 de julio de 1964 contando con 54 años; 2) En noviembre de 1990 se afilió al ISS donde permaneció hasta el mes de junio de 1995, acumulando aproximadamente 192.86 semanas; 3) En el mes de junio de 1995 asesores del Fondo de Pensiones Pensionar S.A. (hoy Old Mutual S.A.) se presentaron en las instalaciones de la empresa donde laboraba ofreciendo la opción de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; 4) El asesor que la atendió le manifestó que el RAIS les permitía acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS y en cuantía muy superior, además, presentó dicho régimen como el más beneficioso; 5) Dicho asesor también le manifestó: que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a la pensión, se reduciría la tasa de reemplazo; 6) El asesor nunca le informó que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de su bono pensional ni tampoco que podía redimir de manera anticipada el mismo mediante su negociación, omitió realizar una proyección pensional, que debía realizar aportes voluntarios adicionales para completar el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de vejez; 7) Ante la información “incompleta y engañosa” suministrada y ante la errada

expectativa generada por el asesor suscribió el formulario de afiliación con el cual tramitó el traslado de régimen a partir del mes de julio de 1995; 8) Fue inducida a error por Pensionar S.A. (hoy Old Mutual S.A.) ya que nunca se le puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos que su decisión de traslado de régimen podía tener en su derecho pensional; 9) En el mes de octubre de 2006 el empleador de la demandante la persuadió de trasladarse a Porvenir S.A. argumentado que todos sus empleados estaban afiliados a dicho fondo; 10) Suscribió formulario de afiliación con el cual se tramitó su traslado de Porvenir S.A. a partir de noviembre de 2006; 11) Porvenir S.A. también omitió su deber de informar de manera clara y concreta sobre el RAIS; 12) Solicitó proyección pensional a Porvenir S.A. obteniendo que su mesada pensional correspondería a la suma de \$781.242 y en el RPM sería de \$1.902.400; 13) La información que le fue suministrada al momento del ofrecimiento del RAIS estaba errada; 14) La proyección pensional permite acreditar que fue inducida en error que la llevó a trasladarse de régimen y este vició su consentimiento a la hora de realizar el traslado de régimen y los subsiguientes traslados entre fondos privados; 15) El 14 de agosto de 2018 presentó reclamación ante Colpensiones, la cual no ha sido respondida; 16) El 10 de agosto de 2018 presentó ante Porvenir S.A. solicitud de traslado el cual fue negado mediante comunicación del 14 del mismo mes y año.

#### **Actuación Procesal.**

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, (fls. 95-123) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

Expuso que, la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación respecto de esa entidad y dentro del contenido de la demanda no se establece cual es la naturaleza de la nulidad que pretende, por lo que la nulidad pretendida por la accionante no puede ser otra que una nulidad relativa, pues no se cumplen los supuestos de hecho necesarios para argüir una nulidad absoluta.

Precisó que el 15 de junio de 1995 la actora suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo Pensionar S.A., la cual se hizo efectiva el 1º de julio del año 1995.

Adujo que, conforme la Ley, la selección del régimen dentro del Sistema General de Pensiones es voluntaria y libre por parte de la afiliada, por lo que al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, lo cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, sin que pueda perderse de vista que la decisión del traslado de régimen pensional es una decisión legal amparada por la buena fe por parte de los fondos y de la demandante, y goza de efectividad en aras de crear una seguridad jurídica para las partes.

Argumenta que el deber de información ha de verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto para la expedición de la Ley 100 de 1993 tal requisito no se encontraba vigente y desde entonces ha sido objeto de evolución jurídica.

Expuso que el hecho que la demandante mantenga vigente su afiliación al RAIS a través de las vinculaciones realizadas, no obedeció a una conducta arbitraria o caprichosa del fondo de pensiones y menos de Old Mutual S.A., sino a la falta de manifestación de voluntad de la misma demandante de regresar al ISS.

Adujo que la accionante no se encontraba en el régimen de transición ni por tiempo ni por edad, así mismo, no contaba con una expectativa legítima de derecho pensional, pues no cumplía ni con tiempo ni con edad en el RPM y tampoco se encuentra próxima a cumplirlos.

Finalmente, indicó que la señora Luna Hoyos nació el 22 de julio de 1964, teniendo 54 años, lo que permite concluir que se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 ya que se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, siendo la única opción para regresar al RPM el ser beneficiaria del régimen de transición por contar con 15 años de servicio cotizados al 1° de abril de 1994 en aplicación de la sentencia SU 062 de 2010, lo que no acontece en el presente caso.

**COLPENSIONES** (fls. 125-139), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Expuso que, de análisis del escrito de demanda, se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió

para cambio de régimen y que la elección de régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que la parte actora no podrá retornar al RPM por ausencia clara de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, máxime cuando no es beneficiaria del régimen de transición, pues solamente estas personas están amparadas para retornar en cualquier momento al RAIS.

Respecto de la nulidad, expuso que cualquier declaración de esta como acto jurídico se encuentra prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil, máxime cuando se ha superado el término de 4 años previsto en dicha norma y el de 3 años establecido en el artículo 151 del CPTSS.

Concluye diciendo que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP a los cuales ha estado afiliada, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del CC y 1616 del CGP le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia.

**PORVENIR S.A.** (fl. 143-173) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica.

En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**“Primero:** Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Marcela Fabiola Luna Hoyos al RAIS con fecha 15 de junio de 1995, por intermedio de la AFP Pensionar hoy Old Mutual S.A, y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

**Segundo:** Condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Marcela Fabiola Luna Hoyos identificada con C.C. 51.798.885 a Colpensiones.

**Tercero:** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

**Cuarto:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)”

La *a quo*, señaló, en primer lugar que el examen del acto de cambio de régimen pensional por transgresión en el deber de información nace desde la institución de la ineficacia, por ser esta la consecuencia jurídica que consagró el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, figura que ha sido sostenida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema

de Justicia en sentencias con radicado No. 68888 del 2019, SL 3464, 1689 y 4360 de la misma anualidad, razones por las cuales, el presente asunto se abordó desde el ámbito de la ineficacia y no desde la nulidad.

Conforme lo anterior, expuso que para el caso bajo estudio le corresponde a la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia, la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado de régimen y si se le brindó una información veraz y oportuna, se le indicó sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera.

Adujo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado la AFP debe demostrar que se suministró una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional y que la omisión de dicha obligación de información debe traer como consecuencia la ineficacia del traslado tal y como lo han señalado las sentencias SL 12136 del 2014 y más recientemente la SL 1421, 4216, 1688 y 1689 del 2019.

Así las cosas, dijo que en el caso bajo estudio, no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido la información por parte de Old Mutual, sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen al momento de acogerla como afiliada, además si bien en el formulario de afiliación se plasmó la firma de la demandante como aceptación del contenido, la AFP encartada no cumplió con su deber de proporcionarle a la afiliada la información suficiente, completa, real y clara sobre las implicaciones que le traería dejar el régimen anterior o las posibles consecuencias futuras.

#### **IV. APELACIÓN**

##### **PORVENIR S.A.**

Indicó que la decisión de primer grado no se comparte como quiera que este tipo de sentencias afectan los principios de indivisibilidad de las normas de la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del régimen de prima media.

Expuso que, si bien los efectos de las nulidades e ineficacias son los mismos, sus consecuencias no pues las consecuencias de las nulidades se encuentran establecidas en el artículo 1746 del CC y las de la ineficacia en sentido estricto son las establecidas en la norma taxativa que trae los supuestos de hecho con las consecuencias y en tal orden, la consecuencia

en este tipo de procesos es la contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto es que la afiliación respectiva quedará sin efecto y se podría realizar nuevamente de forma libre y espontánea por parte del trabajo, sin que se establezca que debe regresar de manera automática a Colpensiones o que las cosas se retrotraigan a su estado original y por tanto el traslado de los dineros se debe hacer conforme el artículo 113 de la norma en mención, sin que allí se estipulen los gastos de administración, pues no tiene sentido que en una ineficacia de pleno derecho donde se deja sin efecto la afiliación, se le obligue a trasladar los gastos de administración junto con los efectos financieros, pero en el trámite administrativo, donde se le permite a la persona la libre escogencia, no se tengan que trasladar esos gastos.

Recordó que esos dineros van a una bolsa general que se usa para destinar los dineros a la pensión de todos en el RAIS, por lo que no tiene lógica jurídica que se declare la ineficacia en sentido estricto y que además se obligue a restituir los rendimientos financieros pese a que se dice que no estuvo afiliada al RAIS, siendo estos argumentos contradictorios y en este punto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es sesgada y parcializada, pues el artículo 1746 del CC dice claramente que la nulidad pronunciada en sentencia tiene fuerza de cosa juzgada para las partes y no para la vencida en juicio.

Adujo que si se declara una nulidad es porque la consecuencia es retrotraer las cosas a su estado original porque el negocio jurídico nunca existió, por lo que debió declararse que la demandante debía retornar a Porvenir S.A. los rendimientos financieros, pues está propendiendo por un enriquecimiento sin causa.

Resaltó que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia e incluso el Consejo de Estado han dicho que las obligaciones de tracto sucesivo, como lo son los gastos de administración que se descuentan periódicamente, no son susceptibles de restituciones por sus actos en la medida que se van generando estas obligaciones de tracto sucesivo, como por ejemplo la sentencia 199308254 del 28 de mayo de 2015 del Consejo de Estado, la cual establece que las restituciones mutuas, las obligaciones de tracto sucesivo como son los gastos de administración, cuotas aseguradoras, cuotas extras, no son susceptibles de restituciones, y por lo tanto no hay ningún fundamento jurídico para obligar a Porvenir S.A. a restituir los ejercicios financieros sobre un negocio jurídico que nunca existió y que si se supone que siempre estuvo en el RPM este no genera rendimientos financieros.

Concluye exponiendo que los gastos de administración, en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no hacen parte integral de los dineros destinados a la pensión en ninguno de los dos regímenes



pensionales, así como ambos se descuentan en ellos, por lo que, al ser emolumentos netamente económicos son susceptibles de prescripción.

### **COLPENSIONES**

Adujo que se ignoró que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que surgieran en su no intención e inconformidad de pertenecer a la AFP accionada, por el contrario, hizo todos los actos para permanecer en el mismo RAIS y a la fecha con una considerable densidad de años, sin que se noten las falencias de engaño o falta de información que sean contrarios al perfeccionamiento de que trata el artículo 898 del Código de Comercio.

Indicó que en sentencia SL 413 de 2018 se dijo que no se puede concluir que bajo las bases de las experiencias exista un acto ineficaz u homogéneo sucesivo cuantificable en décadas y percatarse de alguna falencia o engaño o falta de información solo hasta estar ad portas de la causación de la pensión de vejez.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 25 de marzo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en las contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado,

entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

| Etapa acumulativa                             | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                                                                                          | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                         |
|-----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                          | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                     | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el                                                                                                       |

|                                                                |                                                                                               |                                                                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                |                                                                                               | asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                    |

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

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

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

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

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

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

*"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o*

*derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

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

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

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

**f) En cuanto a la posible descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública



administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

#### **VI. EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 26/11/1990 (fl 46); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 15/06/1995 a través de la A.F.P PENSIONAR (hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.) (fl. 119); iii) que, conforme consulta SIAFP el día 20/09/2006 se trasladó a Porvenir S.A. (fl. 156); y iv) que los días 10 y 14 de agosto de 2018 (fl 64 y 68) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las demandadas.

A folio 119 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 15 de junio de 1995 con la AFP Pensionar (hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información,

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

encontrándose el fondo privado en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

En lo que respecta a la ratificación, argumento presentado por COLPENSIONES al sustentar su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por el pago mensual de los aportes o por los traslados que se efectuaron entre administradoras del RAIS.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la*

*aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

En cuanto al argumento expuesto por **PORVENIR** en su recurso, respecto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera y descapitalización del fondo común, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen*

*pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**SEGUNDO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11001310502820190001201

Demandante: **MARCELA FABIOLA LUNA HOYOS**

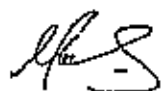
Demandado: **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. Y PORVENIR S.A**

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

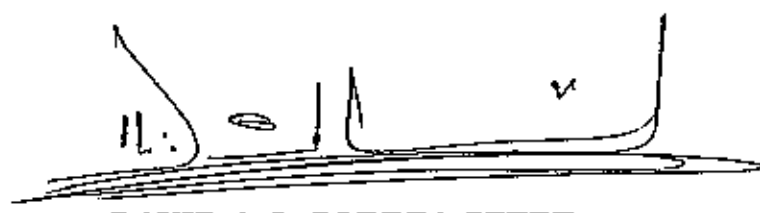
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

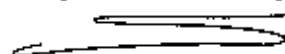


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*



Código Único de Identificación: 11001310502920180001901  
Demandante: **MIGUEL ALBERTO ESCOBAR CIFUENTES**  
Demandado: **COLPENSIONES**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado del DEMANDANTE contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MIGUEL ALBERTO ESCOBAR CIFUENTES** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1.1. Pretensiones.**

La parte demandante aspira a que se reconozcan y paguen los incrementos del 14% y 7% a partir del 19 de abril de 2013 sobre la pensión mínima por su esposa e hijo discapacitado.

Así mismo, depreca se ordene el pago del retroactivo correspondiente sobre 14 mensualidades al año con los intereses moratorios y el pago de la indexación correspondiente.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes

#### **1.2. Hechos:**

1) Es pensionado por vejez mediante Resolución VPB 19552 del 4 de noviembre de 2014, a partir del 19 de abril de 2013, en cuantía de \$1.254.771, de acuerdo con el Decreto 758 de 1990; 2) Es casado con Adelina Rico Moreno desde hace 44 años; 3) Adelina Rico Moreno no disfruta de pensión alguna y desde el día de su convivencia hasta la actualidad, depende única y exclusivamente de su esposo; 4) De dicha unión procrearon un hijo de nombre Oscar Escobar Rico, quien es discapacitado; 5) Su hijo tiene un grado de invalidez del 90% de acuerdo con el certificado de discapacidad expedido por el Hospital Occidente Kennedy; 6) Su hijo depende económicamente de él; 7) El día 24/10/2017 se presentó reclamación administrativa ante Colpensiones.

#### **Actuación Procesal.**



## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES** (fls. 33-44), dio respuesta al libelo genitor, oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso, en síntesis, que esa entidad siempre ha actuado de buena fe y que el reconocimiento de los incrementos solicitados no es viable, puesto que los mismos son una prestación no integral de la pensión y se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción extintiva, tal y como se expuso en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicado No. 27923 del 2007 y que dicha tesis ha sido acatada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para sustentar su decisión, en primer lugar, hizo un recuento histórico a nivel jurisprudencial de los incrementos pensionales, señalando que una vez expedida la Ley 100 de 1993 el ISS considera que no hay lugar al reconocimiento de tales incrementos porque no estaban expresamente consagrados en dicha norma y por ello, operó su derogatoria, posteriormente, en el año 2005 la H. Corte Suprema de Justicia fijó la postura ratificada en la sentencia con radicado No. 29741 del 2007 en la que indica que los incrementos por personas a cargo no fueron derogados ni expresa ni tácitamente por la Ley 100 y que conservan su vigencia para todos aquellos a quienes se les reconoció la pensión conforme el artículo 2 del Acuerdo 049 de

1990, criterio de esta Corporación y frente a la prescripción de dichos incrementos, en sentencia con radicado 27923 del 2007 se dijo que esta operaba.

Expuso que, paralelo a lo anterior, la H. Corte Constitucional mediante tutela, se pronunció sobre el fenómeno de la prescripción y a su juicio, conforme los principios del sistema de la seguridad social y en sentencia SU 310 de 2017 (entre otras) indicó que el fenómeno de la prescripción no opera y debe declararse parcialmente prescritos aquellos incrementos que se han dejado de reclamarse; no obstante en el año 2019 la Corte Constitucional declaró la nulidad de la mentada sentencia y en su reemplazo expidió la SU 140 de 2019 en la cual se pronuncia sobre el derecho al incremento y su vigencia, concluyendo que los incrementos por personas a cargo dejaron de existir a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 ya que existió una derogatoria orgánica, por lo que resultaba inocuo referirse al tema de la prescripción y que únicamente dichos incrementos se debían aplicar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, es decir, que los incrementos dejaron de existir a partir de la expedición de la Ley 100 independientemente de la fecha en que se profirió la sentencia.

Adujo que lo señalado es suficiente para negar la aplicación del requisito indubio pro operario, el cual sirve para resolver problemas jurídicos que involucren derechos pensionales, recordando que los incrementos pensionales carecen de naturaleza pensional.

Indicó que, conforme la sentencia de la Corte Constitucional, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales que previó en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica y total, sin perjuicio de que tales incrementos resultarían

incompatibles con el artículo 48 de la Constitución luego de su reforma por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalizó diciendo que, atendiendo la jurisprudencia citada y como quiera que siempre atendió la línea de la Corte Constitucional, a pesar que en este asunto se demuestra que el demandante reúne los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, dada la tesis de la Corte Constitucional no hay lugar al reconocimiento de los incrementos solicitados.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante, por intermedio de su apoderado expuso, que no debe aplicarse la sentencia SU 140 de 2019, ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Bogotá han otorgado el incremento del Decreto 758 de 1990, máxime cuando la prueba documental y testimonial fue clara en demostrar la dependencia económica de la esposa y el hijo del demandante.

Por lo anterior, solicita se aplique el Decreto 758 de 1990 en su artículo 21 literales a y b, tendiendo en cuenta la jurisprudencia, por cuanto el accionante fue beneficiario del régimen de transición y se le aplicó dicha norma por lo que tiene derecho a los incrementos solicitados, máxime cuando la sentencia SU 140 de 2019 no debe aplicarse, pues la petición a Colpensiones se hizo el 24 de octubre de 2016, fecha anterior a la expedición de dicha sentencia.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 18 de enero del 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 24 de mayo enero del

año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

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

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior la Sala encuentra como problema jurídico por resolver el siguiente: ¿Se encuentran vigentes los incrementos pensionales consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, luego de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993?

### **De los incrementos pensionales por personas a cargo**

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

Sin embargo, la vigencia de este incremento pensional, es un asunto que ha sido revaluado recientemente por la jurisprudencia constitucional, como es el caso de la Sentencia Unificación **SU-140 de 2019**, mediante la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

En el proceso de tutela que dio origen a esta sentencia unificadora, se acumularon once (11) expedientes, que le sirvieron de sustento a la Corte para unificar la jurisprudencia de dos tesis en torno a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1° de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

También recordó la Corte Constitucional que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución, introduciendo el

principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

## **VI. DEL CASO CONCRETO**

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución VPB 19552 del 04 de noviembre de 2014, obrante a folios 6-8 y 46 del plenario.

Consecuentemente, estando probado en el proceso que el demandante es pensionado en el riesgo de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994, debe concluirse necesariamente que no le asiste el derecho al incremento pensional por personas a cargo que reclama con fundamento en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; lo anterior, conforme al nuevo panorama jurisprudencial antes aludido, pues al no consolidarse este beneficio adicional a la pensión con anterioridad a la fecha en que cobró vigencia el sistema general de pensional, no reúne las condiciones para ser considerado un derecho adquirido que deba ser protegido por la vía judicial.

Recuerda la Sala que, al tratarse de una sentencia de unificación, que constituye un precedente vertical sobre la materia, dado que proviene de un órgano de cierre, concretamente constitucional, es clara la fuerza vinculante que dicha providencia irradia frente a todos los administradores de

justicia incluido este tribunal de distrito judicial, quien no puede apartarse de lo allí resuelto, pues este precedente limita la autonomía judicial, en tanto debe respetarse la postura del superior; y si bien pudiera separarse la Sala de tal precedente, con la motivación rigurosa exigida para ello según lo ha indicado la Corte Constitucional, no encuentra razones para hacerlo, al compartir el criterio indicado por el órgano de cierre constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 a que se hizo referencia.

Así las cosas, se tiene que como el demandante goza actualmente de una pensión de vejez con base en el A. 049/90, por ser beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pero que causó el derecho con posterioridad al 1º de abril de 1994 resulta claro nítido que para su caso los incrementos pensionales no se encuentran vigentes.

Por lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

En esta instancia no se causaron costas.

## **VII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia

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

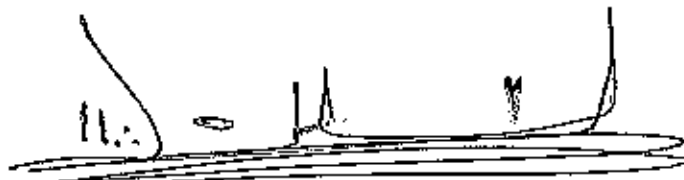
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**



Código Único de Identificación: 11001310503020180010001

Demandante: **ALBERTO ÁNGEL PINZÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**TERCERO:** RECONOCER personería jurídica a la doctora BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

**II. ASUNTO**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (las) apoderados (as) de las

demandadas **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ALBERTO ÁNGEL PINZÓN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado realizado por el demandante a través de Colfondos S.A. al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, así como los gastos de administración o cualquier otro.

Así mismo, solicita se condene a Protección S.A. en caso de haberse otorgado pensión, a seguir pagando la misma hasta que el demandante sea trasladado y sea incluido en nómina.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 30 de octubre de 1990; 2) Se traslado al régimen de ahorro individual afiliándose a Colfondos S.A. el 18 de julio de 1996; 3) El promotor de Colfondos S.A. al momento de su traslado no le dio información completa, veraz, adecuada y suficiente para cambiarse de régimen; 4) Los fondos privados publicitaron información que “faltaba a la verdad u ocultaron la misma”; 5) Colfondos S.A. al momento de su afiliación no le entregó información objetivamente verificable, que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen; 6) Se trasladó a Protección S.A.; 7) Solicitó a Colpensiones la anulación del traslado al RAIS, petición de la cual no ha recibido respuesta; 8) Solicitó a Colfondos S.A. y Protección S.A. la anulación de su traslado, pero no ha recibido respuesta a ello; 9) Actualmente se encuentra cotizando a Protección S.A.; 10) El monto de su pensión en el RPM ascendería aproximadamente a la suma de

\$10.600.092, mientras que en el RAIS sería de \$2.903.762; 11) Resulta evidente la diferencia en el monto de la pensión entre los dos regímenes.

## **2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**PROTECCIÓN S.A.**, (fls. 299-301) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y la genérica.

Expuso que el señor Pinzón, para el 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados, siendo ello de vital importancia, debido a que las únicas personas que pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media son aquellas para para dicha data contaran con el requisito antes dicho, conforme las sentencias de la Corte Constitucional.

Así mismo, indicó, que conforme lo dispuso el artículo 2 de la ley 797 de 2003, un año después de su entrada vigencia, los afiliados a quienes les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no podrán trasladarse de régimen, norma que cobija al demandante.

Concluye diciendo, que este es el caso de un trabajador que optó libremente por trasladarse de régimen pensional, sin embargo, luego de 22 años decide que sería más conveniente pensionarse en Colpensiones, pero como legalmente no puede hacerlo, utiliza como argumento una supuesta falta de información al momento de su traslado, sin que ello se pruebe fehacientemente.

**COLPENSIONES** (fl. 305-316) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la declaratoria de otras excepciones.

Argumentó que a la fecha, la afiliación y traslado realizado por el demandante en el año 1996 a Colfondos S.A. y posteriormente a Protección S.A., tienen pena validez y la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite del traslado con la AFP del RAIS, alegado por el actor, deberá probarse en el desarrollo del proceso.

Expuso que, el accionante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que tiene 57 años, por lo que no es posible efectuar el traslado de régimen.

Adicionalmente, como lo ha indicado el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, el supuesto vicio del consentimiento queda saneado cuando el actor decide trasladarse de manera voluntaria en más de una oportunidad a diversos fondos privados, pues con esos traslados horizontales se ve claramente su intención de permanecer en el RAIS, máxime cuando no está cobijado por el régimen de transición.

Finalmente, indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues al 1° de abril de 1994 contaba con 33 años y 53.14 semanas cotizadas, por lo cual no puede retornar a Colpensiones.

**COLFONDOS S.A.** (fl. 332-343) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó validez de las afiliaciones a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada.

Manifestó que el demandante suscribió formulario de afiliación el día 18 de julio de 1996, mediante el cual solicitó el traslado de régimen y en el que se corrobora, en el campo de voluntad de afiliación, que él mismo tomó sus decisiones de traslado de manera libre y voluntaria y sin presiones, máxime cuando Colfondos S.A. le entregó información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM, con el fin de que el mismo tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Indicó que un error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, como lo establece el artículo 1509 del CC, con lo que no puede, por disposición legal, darse cabida a una nulidad de vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó el demandante para trasladarse de régimen.

Finalmente, adujo que, en caso de concluirse que la vinculación del demandante ocurrió por error, cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrito en los términos del artículo 1750 del CC.

**PORVENIR S.A.** (fl. 393-417) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

En resumen, adujo que la solicitud de nulidad de traslado de régimen y sucesivamente el traslado entre administradoras del régimen resulta improcedente por cuanto la afiliación del demandante no contiene vicios del consentimiento y por el contrario están dados los requisitos de ley para su validez.

Mencionó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Adujo que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues él sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**“Primero:** Declarar nulo e ineficaz el traslado del régimen pensión que hizo el demandante Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con efectividad de a partir del 1º de septiembre de 1996, y su posterior traslado entre administradoras de RAIS.

**Segundo:** Declárese válidamente vinculado al señor Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, conforme a lo indicado en la parte motiva.

**Tercero:** Condénese a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración por el tiempo que duró vinculado a este fondo el señor Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, esto es desde el 1° de septiembre de 1996 hasta el 30 de julio del 2000, del patrimonio del fondo, debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

**Cuarto:** Condénese a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció vinculado a este fondo el señor Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, esto es desde el 1° de agosto de 2000 hasta el 30 de enero del 2004, los cuales debe asumir de su propio patrimonio y devolverlos debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

**Quinto:** Condénese a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones el capital, los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen el señor Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, estos últimos de su patrimonio propio, debidamente indexados a partir del 1° de febrero de 2004 hasta cuando se haga efectivo el traslado.

**Sexto:** Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, actualice la información en su historia laboral.

**Séptimo:** Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. (...)”

En síntesis, señaló, que el tema central corresponde a los vicios del consentimiento, encontrando en el presente proceso una particularidad y es que el demandante, al contestar el interrogatorio de parte da cuenta en términos generales, que conocía algunas especificaciones del RAIS y así lo aceptó al momento de contestar el interrogatorio de parte.

Indicó que el fondo inicial, esto es Colfondos S.A. no actuó con aquel cuidado que algunas personas negligentes suelen emplear en sus propios negocios, pues, si bien es cierto el demandante tenía claridad sobre algunos aspectos del RAIS, estos no son suficientes, ya que Colfondos S.A. debió actuar como lo debe hacer un padre de familia negligente, de poco cuidado, es decir, debía indicarle no solo los beneficios que iba a recibir en el RAIS sino también aquellos que tendría en el RPM, como también las

desventajas que cada uno de esto tiene, y del interrogatorio de parte no se extracta ello, pues la información que se le entregó al demandante fue sesgada.

Expuso que la Corte Suprema de Justicia, frente al tema de la libertad informada ha dicho que al afiliado debe entregársele toda la información sobre los beneficios que reporta el traslado, porque de otro modo no se entiende que se le haya entregado esa información necesaria, y en este caso, solamente hasta el año 2018 se le entregó al accionante la información por parte de Protección S.A., cuando se solicitó la nulidad del traslado.

Indicó que en el presente asunto el traslado de régimen pensional tuvo su origen en un objeto y causa lícita, pues se encuentra amparado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el demandante no tenía un derecho adquirido que resultara irrenunciable, además tenía la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, adicionalmente, con la solicitud que se encuentra ratificada con el formulario de afiliación, el consentimiento del demandante no se vio afectado por error ni fuerza al momento de aceptar el traslado, pero sí se vio afectado por el dolo con el que actuó el fondo de pensiones en su actuación administrativa, al no actuar con aquel cuidado que un padre negligente de poco cuidado suele emplear en sus negocios propios y eso da lugar a que el traslado sea nulo, al encontrarse demostrado el vicio del consentimiento.

Dijo, que la actuación de traslado inicial viciada de nulidad, no se convalida por los traslados entre administradoras, pues la decisión de escoger entre uno u otro no implica la ratificación de las decisiones del cambio de régimen, tal y como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de septiembre de 2018.

Finalizó diciendo que a partir de la Ley 100 de 1993 se debe entender que existe una ineficacia especial que fue establecida directamente por la ley como consecuencia jurídica al incumplir la condición de ser libre y voluntaria.

#### **4. APELACIÓN**

##### **COLFONDOS S.A.**

Argumentó que no se encuentra probado que Colfondos S.A. hubiere actuado con dolo, recordando que la presunción de inocencia hace parte de una consagración constitucional, en contra de la cual debe acreditarse prueba específica que la desvirtúe, sin que en el presente proceso ello haya sido demostrado por el actor; también expuso, que la única prueba que

existe dentro del proceso de la presunta inducción al error, bajo el argumento que el ISS se iba a acabar, son las manifestaciones del demandante, con lo que falta a su carga probatoria y por tanto no puede señalarse como sustento de la declaratoria de nulidad e ineficacia, una actuación a título de dolo, al no existir prueba del actuar inequívoco defraudatorio en contra de los intereses del accionante.

Expuso que no es de recibo que se le ordene el reembolso de unos gastos de administración, teniendo en cuenta que estos son gastos tendientes a la conservación y administración de los bienes confiados conforme el sistema de seguridad social y que se causan tanto en el RPM como en el RAIS, siendo un punto importante el hecho que los gastos de administración comprenden tanto la comisión de administración en favor de la sociedad administradora e igualmente el aseguramiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia por parte de un tercero que es la aseguradora contratada por la AFP para la cobertura de esos hechos o riesgos.

Por lo anterior, indicó, al disponerse la devolución de los gastos de administración se esta hablando de un tercero que no fue vinculado al proceso debiendo ello hacerse, adicionalmente, al ordenarse la devolución de dichos rubros de manera indexada, se habla que se está ordenando un reintegro de gastos que se causan en ambos sistemas pensionales, por un espacio de 24 años, cuando Colpensiones, durante esos 24 años no ha administrado de manera alguna los aportes pensionales del afiliado ni tampoco ha generado ningún tipo de cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, de manera que se esta ordenando el reintegro de unos gastos que no son propios de sistema de seguridad social.

Expuso que Colpensiones no puede beneficiarse con un enriquecimiento sin causa, sin recibir ningún detrimento, pues los gastos de administración no pueden ser interpretados ni equiparados a un detrimento de los montos pensionales, de suerte que no existe, bajo un criterio de equidad, justificación alguna para disponer el simple restablecimiento de las condiciones anteriores, dadas las condiciones particulares del sistema de seguridad social integral, el cual difiere de los contratos civiles.

Finalizó indicando, en cuanto a la condena en costas, que tal y como lo establece el artículo 365 del CGP, se establece un monto de agencias en derecho para cada uno de los demandados, pero la norma en mención en su numeral 8 dice que sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente se evidencie que se causaron y en la medida de su comprobación y en este caso no existe prueba alguna de ello.



**PORVENIR S.A.**

Indicó, en primer lugar, que la argumentación expuesta en la sentencia se basó en la nulidad, haciendo una mezcla con la ineficacia, sin embargo, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL 4360 del 2019 Rad, 68852, entre otras, se precisó que la sanción impuesta a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde la ineficacia y no desde el régimen de nulidades, pues hay unas diferencias prácticas y jurídicas que existen entre estas figuras que hacen que no puedan ser asimilables para todos los efectos, máxime cuando para la nulidad se requiere demostrar el supuesto engaño, dolo y/o error, siendo claro que en el presente proceso no se llegó a dicha prueba.

Ahora, expuso que, de tenerse en cuenta el ámbito de la ineficacia, se tiene que en el interrogatorio de parte el accionante confesó que efectivamente Colfondos, para el año 1996 le brindó una asesoría en la cual le informó sobre la pensión anticipada, que sus ahorros están en una cuenta de ahorro individual de la cual dependería la liquidación de su mesada pensional, que las semanas cotizadas al ISS se convertirían en un bono pensional que le ayudaría a aumentar el ahorro de su cuenta individual, información dada al actor y con la que consideró pertinente trasladarse de régimen, destacando que el demandante trabajaba en el ISS al momento del traslado, con lo que tenía mayor acercamiento al RPM y el funcionamiento de este, además, que le fue entregado el soporte documental de toda la información que circulaba sobre el régimen pensional en general, siendo así claro que el accionante contaba con toda la información para tomar su decisión de traslado.

Indicó que para la fecha del traslado del demandante, no era obligatorio realizar una proyección pensional y de ser así ello no sería aterrizado a la realidad pues es difícil predecir lo que va a suceder a futuro o los apotres que va a realizar el afiliado o si su núcleo familiar cambiaría y su expectativa de vida, siendo estas variables que se escapan al control de la entidad, siendo su objetivo administrar los recursos para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia, lo cual se realizó.

Arguyó que existen unos actos que dan cuenta que el accionante si quería permanecer en el RAIS y estos son los traslados horizontales dentro de dicho régimen, lo cual, si bien no convalida el acto inicial de traslado, sí da a entender y demuestra que es un consentimiento informado y es la voluntad del afiliado el pertenecer al RAIS.

Finaliza solicitando que, en caso de que se considere que la demanda debe prosperar, se considere la orden de devolución de los gastos de

administración, por cuanto este es un descuento totalmente legal que procede en ambos regímenes y que ha sido trasladado a las aseguradoras.

### **PROTECCIÓN S.A.**

Expuso que el dolo es una figura jurídica cuya existencia debe demostrarse y no puede ser que se llegue a esta mediante deducción o por falta de información, sin que este tiene una intención malvada de hacerle daño a una persona, lo cual no acontece en este caso porque las administradoras actuaron con base en la ley.

Argumentó que Protección S.A. es una sociedad apegada a la ley, además, si bien la sociedad es responsable de aquellas cuentas de cada afiliado, no por ello debe asumir una responsabilidad que le hubiere caído eventualmente a una administradora a la cual sucedió en derecho, pues esa entidad no participó técnicamente en la figura ni en los distintos traslados, puesto que a Protección S.A. “le cayó” la cuenta de accionante, entonces su actuar no solo ha sido conforme a la ley sino en beneficio del afiliado, puesto que su cuenta de ahorro individual se ha incrementado en su beneficio, gracias a una actividad de naturaleza lícita y autorizada específicamente por la ley, la cual, autoriza a la administradora a descontar ciertos valores por su labor de conservación y de incremento de ese patrimonio.

Por lo anterior, expuso, no es entendible que si la administradora no ha desconocido la ley, tenga que no gastarse los gastos de administración, puesto que el afiliado se lleva no solamente los rendimientos que se produjeron gracias a los gastos de administración, sino que también se lleve estos, no siendo ello justo en la medida en que la administradora ha actuado sin culpa y mucho menos dolo.

En cuanto al tema de las costas, conforme a la norma citada por el juez de primera instancia, se dice que quien pierde el pleito con base en una norma jurídica y no con base en un criterio jurisprudencial al ser estas cosas distintas.

Refirió que la jurisprudencia que se ha tomado como base para la decisión no existía en el año 1994 y Protección S.A. no podía prever ni siquiera dentro de un ámbito natural o normal o de simple cautela que la jurisprudencia iba a interpretar las cosas, como lo esta haciendo ahora, además, la pérdida del proceso ha sido no porque se hubiera violentado la ley, sino porque una jurisprudencia posterior dijo cosas en las que se está sustentado el fallo, sin que deba aplicarse a “rajatabla” la norma, todo esto porque lo que realmente hubo en el fondo fue un desconocimiento de la ley.

Concluyó exponiendo que Protección S.A. se ganó los gastos de administración porque, así como el demandante faltó a su deber de cuidado y diligencia, se está llevando el patrimonio gracias a la actividad lícita de esa entidad, la cual también tiene que ganarse los gastos de administración, puesto que nadie dijo que esta hubiera actuado de una manera distinta a la que le autoriza la ley 100 de 1993.

#### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

#### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No.

31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en

asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

| Etapa acumulativa                                               | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                                                                                          | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                            | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                       |
| Deber de información , asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016                                                                                                                                                                                            | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                          |

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

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

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

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

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

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

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

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

*“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal*

*afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

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

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

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

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

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



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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos

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

f) En cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

### EL CASO EN CONCRETO:

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 30/10/1990 (fl 317); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 18/07/1996 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A. (fl. 341); iii) que efectuó traslados entre administradoras del RAIS así: 1. el 15/06/2000 a Porvenir S.A. (fl. 414-415) y 2. El 11/11/2003 a Santander – hoy Protección S.A. (fl. 369); y iv) que los días 03/11/2017, 02/02/2017, 20/11/2017 (fl. 8, 13, 30 y 35) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folio 341 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de julio de 1996 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Colfondos S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello que se **MODIFICARÁ** la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar la ineficacia de la afiliación del actor a la AFP

Colfondos S.A. y no su nulidad, con lo cual, no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, con lo que avante resultan los argumentos presentados por los apelantes en tal sentido.

En cuanto al argumento presentado por PORVENIR S.A. al sustentar su apelación, referente a la ratificación del demandante debido a los traslados realizados entre administradoras del RAIS, como en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, además, que lo tiene adocinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que los traslados horizontales no convalidan un traslado que desde el inicio es ineficaz.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A.**, fondo al que se encuentra actualmente afiliado el demandante, **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, tal y como se ordenó por el *a quo*, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. Así mismo, pertinente resulta que estos rubros también sean devueltos por las demás AFP a las que estuvo afiliado el accionante como lo son **Porvenir S.A. y Colfondos S.A.**

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Ahora bien, al sustentar su recurso **PORVENIR** adujo que al demandante se le dio la información completa y veraz, pues del interrogatorio de parte se desprende que conocía las características de los regímenes pensionales, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, en la cual, el demandante expuso que:

- La asesora de Colfondos le dijo que podía generar un buen ahorro pensional y que en ese fondo se podía pensionar anticipadamente, también le informaron que el bono pensional del ISS se lo trasladaban a ese fondo, acerca de la cuenta de ahorro individual, le explicaron que de los aportes que hiciera salía la pensión.
- Que dicha asesora no le hizo un comparativo o proyección de los modelos de los fondos, ni tampoco que podía hacer traslados entre regímenes.

Lo anterior, no demuestra que el demandante conociera de las características propias del RAIS o del RPM y menos aún desprende confesión que pueda perjudicarla, con lo que no puede decirse, como lo aduce el apelante, que el señor Pinzón hubiere recibido la información clara, precisa y veraz, sin desconocerse que algunas de las características nombradas por el demandante en su interrogatorio son propias del RAIS.

En cuanto a lo solicitado por las entidades apelantes respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con dichas sociedades.

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

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

#### **V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VI. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutive de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. En su lugar, dicho numeral quedará así:

**"Primero:** Declarar ineficaz el traslado del régimen pensión que hizo el demandante Alberto Ángel Pinzón identificado con cédula de ciudadanía No. 10.251.566, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con efectividad de a partir del 1° de septiembre de 1996, y su posterior traslado entre administradoras de RAIS.

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

Código Único de Identificación: 11001310503020180010001

Demandante: **ALBERTO ÁNGEL PINZÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

**TERCERO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

  
**DAVID A.J. CORREA STEER**  
Aclaro Voto!



Código Único de Identificación: 11001310503120200011701

Demandante: **MARÍA ESPERANZA GIL PACHÓN**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**TERCERO:** RECONOCER personería jurídica a la doctora **LEIDY ALEJANDRA CORTÉS GARZÓN**, identificada con C.C. No. 1.073.245.886 y T.P. No. 313.452 del C.S. de la J., como apoderada de Protección S.A., en los términos y para los fines indicados en la respectiva Escritura Pública No. 1178 del 06 de noviembre de 2019.

**II. SENTENCIA**

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J. CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de

Bogotá, el 14 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA ESPERANZA GIL PACHÓN promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y pretensiones**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” de la afiliación efectuada por la demandante a Protección S.A. en el año de 1994,

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga a la accionante como afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de régimen.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al fondo privado de pensiones Colmena – hoy Protección S.A., a finales de 1994; 2) Protección S.A., quien asumió a la AFP Colmena, es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer información veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo; 3) Nació el 19 de octubre de 1962, cumpliendo 57 años el mismo día y mes del año 2019; 4) Protección S.A. realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% y calculó, para el cumplimiento de los 57 años, una mesada pensional de \$876.108; 5) Realizando una simulación pensional en el régimen de prima media y teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados, al cumplir 57 años su mesada pensional equivaldría a la suma de \$2.177.210; 6) Comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes, se evidencia que la mesada sería ostensiblemente superior en el régimen de prima media; 7) Sumadas las semanas cotizadas desde 1985 hasta el 19 de octubre de 2019, arroja un total de 1627 semanas cotizadas; 8) Radicó derecho de petición ante Colpensiones el 20 de noviembre de 2019 solicitando la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual; 9) Mediante comunicado emitido el 20 de noviembre de 2019, Colpensiones, en respuesta a la anterior solicitud, negó el traslado solicitado.

#### **Actuación Procesal.**

#### **IV. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 40 Archivo No. 005) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

Expuso que, de análisis del escrito de demanda, se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió con la AFP Colmena en el año de 1994 y que la elección de régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que revisada la historia laboral de la demanda, verificados los tiempos cotizados al ISS corresponden a 5.14 semanas válidas, contadas a partir del año 1985 hasta el año 1994, momento en que efectúa el traslado al RAIS, lo que permite establecer que al 1° de abril de 1994 no tenía 15 años de cotización, por lo que no podría retornar al régimen de prima media por ausencia de requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia, máxime cuando no es beneficiaria del régimen de transición, con lo que no puede trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Indicó que, para el 20 de noviembre de 2019, fecha de diligenciamiento de la solicitud de vinculación a Colpensiones, la accionante tenía cumplidos 57 años, toda vez que se registra como fecha de nacimiento el 19 de octubre de 1962, por lo que se encontraba a menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionada, lo que imposibilita efectuar el traslado del RAIS al RPM.

Respecto de la nulidad, expuso que cualquier declaración de esta como acto jurídico se encuentra prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil, máxime cuando se ha superado el término de 4 años previsto en dicha norma y el de 3 años establecido en el artículo 151 del CPTSS.

Concluye diciendo que, conforme el artículo 509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

**PROTECCIÓN S.A.** (fl. 40 Archivo 009) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena

fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Adujo que, todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Afirmó que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFP's con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indicó que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

## **V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La A quo dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**“Primero:** Declarar la nulidad y la ineficacia del traslado de régimen de la demandante María Esperanza Gil Pachón identificada con cédula No. 40.764.190, traslado que se realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo entonces a la demandante como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.

**Segundo:** Condenar a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones la totalidad de las sumas de dineros que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos e intereses civiles sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por concepto a gastos de administración o seguros, entre otros.

**Tercero:** Condenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. (...)”

La *a quo*, señaló, en primer lugar que conforme la impresión de la página de Asonfondos, la demandante se encontraba afiliada al ISS y se trasladó a Colmena, posteriormente a ING y de ahí a Protección S.A., siendo claro que se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y de la documental allegada por Protección S.A. se evidencia, conforme el formulario de afiliación, que la accionante se traslada del extinto ISS a Colmena el 11 de octubre de 1994.

Indicó que, al revisar las normas vigentes, se tendría el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, adicionalmente el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, normas de las que se puede extraer, inicialmente, que el traslado de la accionante es válido, sin embargo, se debe tener en cuenta lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en sentencia SL 1452 de 2019 resalta que el deber de información a cargo de las promotoras de pensiones es un deber exigible desde su creación, que la expresión libre y voluntaria de la Ley 100 de 1993 incluye el conocimiento, de tal forma que no se puede alegar una decisión libre y consciente cuando se desconoce la incidencia que puede tener dicha decisión en sus derechos pensionales, de ahí que es una obligación de las AFP dar cuenta de que documentaron clara y de manera suficiente, so pena de declarar ineficaz ese traslado, así mismo, dicha sentencia señala la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Al descender al caso concreto, indicó que no fue allegado documento alguno que demuestre que la demandante tuviese un consentimiento informado en el momento en que se realizó el traslado de régimen, además,

al revisarse el interrogatorio de parte de la accionante, ella no confiesa de alguna manera que haya recibido una información clara, completa y comprensible que le permitiera conocer la diferencia de cada régimen, los riesgos y consecuencias de su traslado.

Por lo anterior, concluyó que Protección S.A. no cumplió con su carga probatoria, sin demostrar que el consentimiento emitido por la demandante fuera un consentimiento informado.

## **VI. RECURSO DE APELACIÓN**

### **PROTECCIÓN S.A.**

Solicitó se revoque la sentencia de primer grado en lo que respecta a la condena impuesta a Protección S.A. consistente en devolver a Colpensiones lo descontado por gastos de administración y seguro del fondo de ahorro individual de la demandante.

Argumentó que la comisión de administración y la prima de seguro previsional son dos cuentas autorizadas por la ley, que facultan a los fondos privados a realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes de los afiliados al sistema de pensiones, lo cual opera en ambos regímenes, que se aportó prueba de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron una ganancia en el acápite de rendimientos, que da cuenta que estos fueron administrados por esa entidad.

Indicó que, al condenar a esa entidad a la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y lo descontado por seguro, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, máxime cuando esos dineros ya no hacen parte de la cuenta de la accionante pues Protección S.A. los ha descontado mensualmente, en cuanto se refiere a los cobros por seguro previsional estos ya fueron girados a un tercero, a la aseguradora, incluso esa prima ya fue consignada mes a mes a la aseguradora, por lo que esa entidad está incapacitada para pedirle a la aseguradora que devuelva esos dineros, ya que es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con la suscripción del traslado de régimen de la demandante, además que la ineficacia del traslado no puede afectar a terceros.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 25 de marzo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## **VII. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

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

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

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

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



| Etapa acumulativa                                               | Normas que obligan a las administradoras de pensiones información                                                                                                                                                                                                                          | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                            | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                       |
| Deber de información , asesoría y buen consejo                  | Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016                                                                                                                                                                                            | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                          |

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

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

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

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

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

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por*

*demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

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

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

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

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

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

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir*

*al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

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

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

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

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

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

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

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

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

### **VIII. EL CASO EN CONCRETO:**

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 17/04/1985 (fl 17 y 40); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 11/10/1994 a través de la A.F.P COLMENA (hoy Protección S.A.) (fl 40 Archivo No. 009 fl 35); **iii)** que, conforme consulta SIAFP los días 01-04-2000 y 31-12-2012 se trasladó a ING y Protección S.A., respectivamente, debido a “cesión por fusión” de las entidades; y **iv)** que el día 20/11/2019 (fl 13) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

A folio 35 del archivo No. 009 del disco compacto obrante a folio 40 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de octubre de 1994 con la AFP Colmena (hoy Protección), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose el fondo privado Protección S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos." (Negrilla fuera de texto)*

Es por ello que se **MODIFICARÁ** la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar solamente la ineficacia de la afiliación de la actora a

la AFP Colmena – hoy Protección S.A. y no su nulidad, ello por cuanto el estudio del presente caso no debía realizarse a la luz de los vicios del consentimiento, no siendo dable que la parte demandante probara la existencia de error, fuerza o dolo en la celebración del acto de traslado.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. En tal sentido **SE ADICIONARÁ**, la decisión de primera instancia, que omitió ordenar la devolución de las cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho



pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Así las cosas, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, por encontrarse ajustada a derecho.

#### **IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **X. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutive de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar, dicho numeral quedará así:

**“Primero:** Declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante María Esperanza Gil Pachón identificada con cédula No. 40.764.19, traslado que se realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo entonces a la demandante como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.”.

Demandante: **MARÍA ESPERANZA GIL PACHÓN**

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

**SEGUNDO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A**, a devolver a **COLPENSIONES** las cuotas o gastos de administración y todos los demás dineros recibidos debidamente indexados, conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO.- SIN COSTAS** en esta instancia.

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

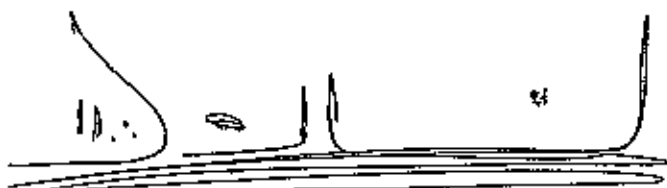
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto !

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **RICARDO VIVAS VARGAS** promoviese contra la sociedad **BIMBO DE COLOMBIA S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. PRETENSIONES**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual se terminó por causa imputable al empleador y como consecuencia de ello depreca su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior jerarquía.

Así mismo, solicita el pago de salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y el reintegro, las cesantías e intereses y las prestaciones sociales junto con los incrementos legales y el pacto colectivo causados, también, el pago de aportes al régimen de seguridad social.

### **1.2. HECHOS**

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, narró que: 1) Ingresó a laborar con la demandada el 25 de octubre de 1996, mediante un contrato de trabajo a término indefinido; 2) Su último cargo desempeñado fue el de Supervisor de Personal y su último salario devengado fue de \$5.875.622.00; 3) Le fue terminado su contrato de trabajo el 18 de agosto de 2015; 4) Durante su vinculación laboral desarrolló las siguientes “patologías crónicas, irreversibles, progresivas, degenerativas y traumáticas: hipertensión arterial, afectación cardiovascular de repolarización inferior y lateral, arritmia sinusal y braquicardia sinusal, insuficiencia renal endémica y diabetes crónica”; 5) El 24 de febrero de 2012 sufrió un infarto agudo de miocardio, evento que dio origen a una incapacidad médica de 30 días; 6) Nació el 6 de mayo de 1959; 7) Durante su permanencia al servicio de la demandada no tuvo llamado de atención, ni antecedente disciplinario y sus evaluaciones de desempeño siempre fueron satisfactorias; 8) La demandada lo despidió sin autorización judicial alguna, a pesar que contaba con disminución de su capacidad física por el deterioro de su estado de salud; 9) Siempre se acogió a los beneficios contenidos en el Pacto Colectivo; y 10) Siempre fue objeto de diversos reconocimientos por su desempeño.

### **ACTUACIÓN PROCESAL.**

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificada la convocada BIMBO DE COLOMBIA S.A., allegó contestación a fls. 136-165 y 167-177, proponiendo las excepciones de mérito que denominó "inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción".

Aceptó la existencia del vínculo laboral, la modalidad a término indefinido, los extremos temporales, las funciones encomendadas al actor, el salario devengado y la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral por parte del empleador en desarrollo de la facultad conferida por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, cancelando la indemnización que en derecho correspondía.

Aceptó que en marzo del año 2012 el actor sufrió un infarto que le ocasionó una incapacidad de un mes, no obstante -dijo - después de dicho evento y hasta la fecha de terminación del mentado vínculo laboral, en los archivos del empleador no existía evidencia de incapacidades, patologías crónicas irreversibles, progresivas, degenerativas o traumáticas. Afirmó que para la fecha de la terminación del vínculo, el demandante no se encontraba incapacitado, discapacitado, no era objeto de recomendaciones médico laborales, no le había sido calificada pérdida de capacidad laboral alguna, ni se encontraba afectado en su condición de salud, por lo que no era necesaria autorización alguna por parte del Ministerio de Trabajo.

Frente a los argumentos narrados en el acápite de fundamentos de derecho de la demanda -que no hechos - (fl 5 y ss) relativos a una estabilidad laboral para pre-pensionados, refirió que para la fecha del despido, el accionante contaba con 56 años de edad, de manera que no se encontraba dentro de los tres años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, adicionalmente, de una revisión de la historia laboral - resumen de semanas cotizadas expedida por Colpensiones - se

observa que, para la fecha del despido, el demandante ya había cumplido el requisito de semanas de cotización, lo que impide que se haga acreedor de la especial protección de que deriva sus pretensiones.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 05 de marzo de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, el a quo refirió que la posición de las Altas Cortes frente a los beneficiarios del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no es unánime, y que el despacho es del criterio de la tesis expuesta por la H. Corte Constitucional, la cual indica que son al menos 4 o 5 aspectos que deben cumplirse para que proceda esta protección. El primero que se despidan a un trabajador que se encuentre en debilidad manifiesta o en estado de vulnerabilidad, el segundo que la debilidad manifiesta se verifique a través de factores que afecten su salud, bienestar físico, mental o psicológico en razón a la afectación, un tercer aspecto es que no haya solicitud de autorización de despido a la oficina del Ministerio de Trabajo, un cuarto aspecto que el empleador conozca la discapacidad o situación de debilidad manifiesta y un quinto aspecto, que no se logre desvirtuar por parte del empleador la presunción que surge en virtud a quien acude a este mecanismo de protección.

Expuso que, conforme el material probatorio allegado al plenario y aplicando la tesis más flexible en torno al artículo 26 de la Ley 1361 de 1997, no se dan los supuestos para considerar al demandante como beneficiario de dicha norma, pues, si bien es cierto dentro de la actuación procesal y la historia clínica allegada se observa que el demandante tiene un diagnóstico de diabetes e hipertensión, lo cierto es que no obra en el expediente

prueba que indique que esas patologías afectaron las funciones que el accionante desarrollaba, especialmente para el año 2015.

Adicionalmente, mencionó que tampoco obra dentro del expediente una calificación que indique cual es la pérdida de capacidad laboral del demandante y que permita enmarcarlo en un estado de debilidad manifiesta al momento de la terminación del vínculo.

Adujo que, si bien es cierto el empleador conoció de la condición médica del demandante para el año 2012, propiamente de la patología que sufrió, esta no tuvo repercusiones que se reflejaran para el año 2015, sin que el actor allegara recomendación alguna que tuviera o debiera tener en cuenta el empleador.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La **PARTE ACTORA** argumentó su inconformidad con la sentencia de primer grado por estimar que se evidenciaba que el demandante presenta una debilidad manifiesta por todas las patologías crónicas que venía presentando con su actividad física, las cuales son irreversibles, progresivas, degenerativas y traumáticas, como hipertensión arterial, afectación cardiovascular, arritmia, insuficiencia renal y diabetes crónica.

Menciona que el accionante no fue objeto de incapacidad durante los últimos 3 años, pero es cierto que era un trabajador dedicado, leal a la compañía y que trabajó bajo parámetros de estrés.

Afirmó que el despido del señor Vivas Vargas fue ocasionado por la debilidad que ya venía manifestándose, pues ya no respondía en la misma proporción que hace 5 o 6 años.

### **ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre del mismo año, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por las apoderadas de las partes quienes hicieron uso de la oportunidad procesal para ratificarse en sus posiciones.

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

### **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si al momento de la terminación del vínculo laboral el accionante gozaba de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por razones de salud y de resultar ello positivo, si hay lugar al reintegro del demandante con su consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y prestaciones previstas en el pacto colectivo.

**De la estabilidad laboral reforzada por razones de salud.**



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

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

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y

demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

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

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

autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia **SL10538-2016**, dijo:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

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

Del mismo modo, es menester resaltar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como *“hecho notorio”*, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia **SL11411-2017**. Al respecto, dijo:

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual

solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico **médico en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibidem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)”.

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine quanon que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio**.”

Recientemente, la Sala de Casación Laboral en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021 reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

“En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, **cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba**, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *“garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de*

*los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.*

**Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas,** pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *“que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”,* es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona,** pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente”. (Negrillas por la Sala).

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

el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia **SL711-2021**, en la que dispuso:

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

## **VI. DEL CASO EN CONCRETO**

No son motivo de controversia y por ende están probados, los siguientes hechos:

- i) La existencia de un vínculo laboral entre el demandante y el demandado para que el primero desempeñase el cargo de Supervisor de Nómina, a partir del 25 de octubre de 1996, (fls. 9-10 y 146-147)
- ii) El último salario devengado por el actor fue la suma de \$5.875.622 (fls. 12 y 150)
- iii) El último cargo desempeñado por el accionante como Supervisor de Personal (fls. 12 y 150)
- iv) El sufrimiento por parte del demandante de un infarto agudo al miocardio el día 24 de febrero de 2012, evento atendido en la Clínica El Bosque (fl. 79 a 81).
- v) Por el anterior evento de salud, la Fundación Cardioinfantil expidió incapacidad del 25 de febrero al

25 de marzo del año 2012 (fl. 85); y la EPS Sura le otorgó una incapacidad desde el 27 de febrero al 27 de marzo del 2012 (fl. 84).

- vi) El empleador dio por terminado el contrato de trabajo con el demandante sin justa causa el 18 de agosto de 2015, motivo por el que le fue reconocida una indemnización por despido sin justa causa junto con la liquidación final de prestaciones sociales (fls. 12 y 150)
- vii) Que en examen periódico ocupacional, que data del 21/12/2010 con sello de la dra. Carolina Pineda Abella - Médico M.S.O. Univalle - se plasmó: "Paciente quien asistió al examen periódico ocupacional quien presentó: (ilegible) de soplo sistólico en foco mitral, sobrepeso IMC: 29, amotropia no corregida, requiere val por optometría, diabetes controlada. Envío a EPS Sura para valoración y seguimiento médico." (fl 76)

Identificados los hechos probados en el proceso se procede a analizar la demás prueba arrojada a las diligencias dentro de la que se encuentran los **testimonios** de las señoras Leidi Viviana Chaparro Rodríguez, Yani Rocío Torres Saavedra y Carlota Antonia Rosas Ropain, de las cuales se extrae lo que interesa al proceso, así:

**Leidi Viviana Chaparro Rodríguez**, manifestó que fue trabajadora de Bimbo de Colombia S.A. durante los años 2006 a 2016 y en virtud de tal vinculación conoció al demandante, ya que él fue su jefe, con quien laboró del 2006 al 2008; que para el año 2012 trabajaba en la misma área con el demandante; que en dicho año supo que al accionante le dio como un preinfarto o infarto, pero no sabe con exactitud; que el actor tuvo un deterioro de salud para ese tiempo; que desconoce si al demandante le asignaron a alguien para ayudarlo con sus funciones; que durante el tiempo que laboró con el demandante en varias

ocasiones se le notaba el agotamiento y el estrés laboral, pero ello no fue notificado a nadie; que el actor luego de las 5 de la tarde permanecía en la oficina; que desconoce si al demandante se le realizó algún proceso disciplinario; y que después de que el accionante regresó de su incapacidad volvió a trabajar como lo hacía antes, sin ningún cambio significativo.

**Yani Rocío Torres Saavedra**, adujo que tiene un vínculo con Bimbo de Colombia S.A. desde el año 2001 iniciando labores en Honduras, su país de origen, y desde el año 2013 en Colombia; que por ese vínculo, cuando inició labores en Colombia conoció al demandante; quien ocupaba el cargo de Gerente de Personas; que en materia de jerarquía, Ricardo tenía el cargo de Supervisor de Personal en el tema de relaciones laborales y él le reportaba directamente; que no le consta ninguna situación de salud de Ricardo, nunca faltaba y ella no tuvo una incapacidad de su parte, no supo de algún padecimiento ni de faltas al trabajo; que no recuerda que el accionante le hubiese solicitado permisos para ir al médico; que de tener una incapacidad, el procedimiento era que el demandante se la hubiera entregado; que en el tiempo en el que laboraron juntos no recuerda que le haya dado incapacidad alguna; que el contrato del accionante se terminó sin justa causa; que lo que motivó la terminación del contrato es que hubo una situación particular en que se analizaba con un gerente el desempeño de sus supervisores y se le pidió al demandante la cantidad o el cálculo de esa indemnización y Ricardo envió un correo con esa información, el cual copió a esos colaboradores, lo que generó una situación bastante difícil, sin embargo ello fue “la gota que derramo el vaso” porque ya venían teniendo varias situaciones como que no los acompañaba tanto frente a la gestión que Ricardo debía realizar y ella tenía bastantes quejas de parte de los gerentes, y ya había hablado con Ricardo de esas situaciones, pero lo que los llevó a tomar la determinación de finalizar el contrato, fue el tema del envío de ese correo; que la testigo le notificó al demandante la decisión de terminar su



contrato; que para lo anterior, ella lo llamó y le comentó lo que venía sucediendo y específicamente ese hecho particular y que Ricardo "me sorprendió porque recibió la carta y me dijo ya vengo y se salió de la oficina donde estaban solo los dos y cuando regresó trajo unos documentos, como unos análisis de laboratorio", pero no tenían ninguna notificación precedente, por lo que ella le ratificó la decisión y ahí iniciaron a definir su salida; que los documentos que le entregó solo eran análisis de laboratorio; que en la relación directa con Ricardo él desempeñaba sus funciones de manera normal, sin ninguna limitación; que no recuerda algún día que hubiese fallado o alguna restricción, y cuando ella llegó a Colombia no le mostraron restricción médica alguna, ni tampoco durante el tiempo que Ricardo trabajó con ella; que no tuvo oportunidad para conocer el examen de egreso del demandante; que desconoce que el demandante hubiese asistido año a año a los exámenes médicos ocupacionales, aunque conoce que se llamó y se notificaron a todos los colaboradores para que fueran a hacerse los exámenes médicos ocupacionales cada año; que desde que está en Colombia lo anterior es obligatorio, pero no andaba detrás de todos para ver si lo hacían o no; que no se hizo un proceso sancionatorio de carácter administrativo porque para los niveles de jefatura, la empresa tiene una política donde no se llaman a descargos a los jefes y siempre dan oportunidades para que se mejore la conducta y por eso ella, particularmente no llama a sus jefes a descargos, ya que no es la forma clara y correcta de poder ayudar a la persona de ese nivel a mejorar; que cada año, por política de la compañía se hacen los procesos de evaluación a sus colaboradores, el desempeño del accionante fue el promedio, de una línea de 5 él era el 3; que en el caso particular de Ricardo, ellos tenían toda esa situación "detonada" por lo del correo, pudiendo haber terminado el contrato con justa causa, pero dado el tema del tiempo de Ricardo, decidieron hacerlo de la forma en que se hizo, porque él estuvo mucho tiempo en la compañía y en honor a ese tiempo la decisión se tomó así; que, cuando se

despide sin justa causa, se mira el tema de salud del trabajador, que sea especial, luego el tema sindical, si tiene algún fuero, si su esposa está en estado de embarazo, que son situaciones que de acuerdo a la ley hay que revisar y por último se revisa si hay una situación de queja contra la persona en el Comité de Convivencia.

Finalmente, **Carlota Antonia Rosas Ropain** expresó que tuvo un vínculo laboral con Bimbo de Colombia S.A. desde febrero del 2015 hasta marzo del 2019; que durante este tiempo conoció al señor Ricardo, porque era su compañero de trabajo; que se desempeñó en la misma área de servicio que el demandante, que era de personal; que es médica de profesión, pero no cuenta con la licencia en el momento; que a pesar de que trabajó al lado de Ricardo, cada quien tenía un rol diferente, con interacciones, pero decir si él podía tener un estrés mayor o menor al que puede tener una persona a su cargo sería mentir, porque ella no conoció los casos que Ricardo podía estar llevando, además que cada quien tenía su área y sus funciones, como para decir la especificidad del estrés que Ricardo manejaba; que ella llegó en febrero y Ricardo salió en agosto del 2015, por lo que fue muy poco lo que interactuaron en el área laboral; que cuando trabajó en la demandada era la médica ocupacional; que de manera directa no conoció de alguna situación de salud de Ricardo, o que él le hubiera hecho entrega de recomendaciones médicas o algún examen médico o recomendaciones médicas para el desarrollo de su labor o que haya tenido alguna situación médica durante el tiempo que compartieron el lugar de trabajo; que no conoció que tuviera recomendaciones o restricciones médico laborales; que conoció el examen de egreso de Ricardo, pues es un examen médico general que no decía alguna particularidad importante que como médica de la compañía debiese tener alguna actividad al respecto; que no recuerda que Ricardo le haya dicho de manera formal que tenía en esos momentos alguna molestia; que no era ella quien realizaba los exámenes de egreso, ya que Bimbo, para

ese momento tenía contratada una IPS de salud ocupacional que era la que realizaba los exámenes; que conoció el certificado del examen que le hacen llegar a la empresa y en este como tal no dice o no había nada en lo cual, como médica ocupacional, debiera tomar acciones.

También se arrimó la **documental** de fls 34 a 100, consistente en senda historia clínica en la que se reportan atenciones al actor entre los años 2012 a 2018, destacando la que para el asunto resulta relevante, que lo es la documentada hasta el 18 de agosto de 2015, fecha en la que el empleador termina unilateralmente el vínculo.

En el análisis de dicha prueba, se encuentra que para la fecha del despido, y aproximadamente desde el año 2005, según se relata en la misma historia clínica a partir del folio 34, el demandante tenía diagnóstico y antecedentes de *“Diabetes mellitus no insulín dependiente, sin mención de complicación. Hipertensión esencial (primaria), Infarto antiguo del miocardio. Bradicardia, no especificada”* y la historia clínica aportada entre el folio 68 y el 75 concretamente da cuenta de las atenciones en salud del paciente en el año 2015, las cuales se circunscriben al 30 de junio (fl 75); 27 de julio (fl 74); 8 de agosto (fl 73) y 21 de agosto (fls 68 al 72)

También se encuentra documentado el evento del infarto agudo al miocardio en febrero del año 2012 (fl 79 y ss) evento que generó las únicas incapacidades que obran en el expediente, visibles a folios 84 y 85 de fechas 25 y 27 de febrero del 2012, como consecuencia de una enfermedad general, indicándose en aquella expedida por la Fundación Cardioinfantil como diagnóstico: *“Infarto agudo del miocardio, sin otra especificación.”*

Pues bien, en el análisis integral del material probatorio, la Sala no encuentra elementos de prueba de los cuales se pueda desprender, no solo que para la fecha del despido el actor contaba con una pérdida de capacidad laboral *moderada*, sino además, que fuera su condición de salud lo que motivó el despido por parte del empleador. En otras palabras que el empleador lo haya discriminado y lo haya despedido precisamente en razón de alguna discapacidad - al menos moderada - que padeciese a la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Lo anterior, por cuanto al revisar a documental incorporada al expediente se observa que, si bien desde el año 2005 - aproximadamente - al trabajador se le diagnosticó diabetes mellitus, y que además el empleador conocía de dicha patología, por lo menos desde el año 2010, según constancia de recibido por el empleador que se ve en el examen periódico ocupacional, que data del 21/12/2010 por la dra. Carolina Pineda Abella , Médico M.S.O. Univalle, (fl 76) - lo cierto es que, según la historia clínica, dicha patología se encontraba controlada y no se evidenciaban complicaciones, luego, no se encuentra probado que el demandante se haya visto impedido para desarrollar su labor, o que las eventuales complicaciones de la enfermedad lo hubieren llevado a una discapacidad moderada, o que las complicaciones fuesen notorias y que por ello el empleador estuviese obligado a conocerlas y activar el fuero o protección especial, tampoco se probó que el empleador conociese de alguna recomendación laboral de la EPS o de la AFP, que debiera ponerlo en alerta respecto del estado de salud del demandante ni se evidencia en el expediente la expedición de incapacidades por dicha patología y menos aún que, en caso de existir, se hubiesen puesto en conocimiento del empleador.

Pen otras palabras resulta nítida la falta de conocimiento por parte del empleador de una disminución de la salud del trabajador. En el caso bajo estudio, revisado en

minucia el expediente se concluye que no hay elementos de juicio siquiera incipientes que permitan concluir que el empleador conocía de alguna patología **en tratamiento** padecida por el trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo. No hay prueba de restricciones, recomendaciones o reubicaciones efectuadas por las entidades del Sistema de Seguridad Social, luego ante un escenario donde el trabajador está más o menos sano, - pues el evento del infarto al miocardio si bien fue grave, aconteció tres años antes del despido y solo tuvo la incapacidad inicial por un mes - no puede hablarse de discriminación en el despido en razón de una disminución o condición física que configure la dicha protección especial de la Ley 361 de 1997. Aunado a lo anterior, tampoco se percibe una condición notoria en la salud del trabajador que obligue a concluir que en todo caso el empleador estaba en la obligación de conocer. Lo anterior se ratifica con el interrogatorio de parte del demandante en el cual afirmó que por su compromiso con la empresa nunca le manifestó al empleador de las frecuentes consultas médicas y que por la misma razón nunca se hizo incapacitar. Textualmente dijo:

"(...) La última incapacidad que entregué a bimbo fue de **30 días**, desde el 27 de febrero del **2012 al 27 de marzo del 2012**, ya que desafortunadamente yo estaba muy comprometido con la empresa y **a pesar de que estaba enfermo no pedía incapacidades porque tenía compromiso con la empresa** y se me presentaban unos síntomas como las enfermedades que yo tengo como dolor de cabeza, trastornos, ganas de vomitar, tensión alta, inclusive en el evento del 2014, en la festa de fin de año tuve que llegar a trabajar teniendo una tensión alta por el compromiso que tenía con la compañía."

Por tanto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, por cuanto no se acreditó que la terminación del contrato de trabajo se hubiere producido en razón de alguna discapacidad del demandante.

**VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.** Sin costas en esta instancia.

**VIII. DECISIÓN**

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Sin costas en esta instancia.

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

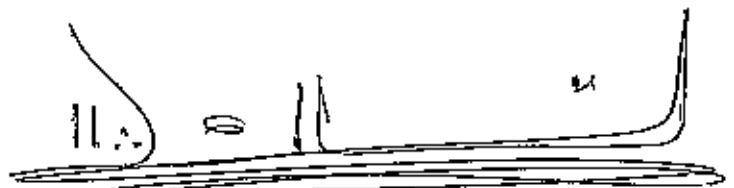
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** magistrada ponente, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandante y CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 04 de mayo de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **ACTIVOS S.A.S.** promoviese en contra de **MEDIMÁS E.P.S.** y **CAFÉSALUD E.P.S.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el **pago de 59 incapacidades** por enfermedad común expedidas a sus trabajadores, así como los intereses moratorios o la indexación.

## **2. HECHOS.**

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Durante la vigencia del contrato de trabajo 35 trabajadores afiliados a **CAFESALUD E.P.S.**, presentaron incapacidades; **2)** Pagó las correspondientes incapacidades; **3)** Solicitó el pago de las incapacidades a la entidad promotora de salud de sus trabajadores, no obstante, ésta se negó a reconocer su pago; **4)** El 19 de julio de 2017, la Superintendencia de Salud expidió la Resolución N° 2426 de 2017, por medio de la que se aprobó el plan de reorganización de **CAFESALUD E.P.S.**, y se creó **MEDIMÁS E.P.S.**; **5)** **CAFESALUD E.P.S.** aún no se encuentra liquidada o disuelta; y **6)** Mediante sentencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, determinó que **MEDIMÁS E.P.S.** efectuaría el pago de las incapacidades reconocidas por **CAFESALUD E.P.S.** sin exigir trámites adicionales.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**CAFESALUD E.P.S.** (medio óptico de folio 54), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó las incapacidades reconocidas por **CAFESALUD E.P.S.**, están a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.**; incapacidades que no se registran en el sistema; y la genérica.



Indicó que **CAFÉSALUD E.P.S.**, liquidó 52 de las 59 incapacidades solicitadas, pero su pago está a cargo **MEDIMÁS E.P.S.**, en virtud de la decisión proferida el 26 de octubre de 2017 por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se dispuso que el reconocimiento de tales obligaciones en cabeza de **MEDIMÁS E.P.S.**; y que las incapacidades de las siguientes personas no se encuentran registradas en el sistema: Cecilia López Beltrán (16 de enero de 2017), Sandra Marcela Díaz Salcedo (09 y 31 de mayo de 2017), Lina Lizeth Molina (11 y 17 de mayo de 2017), y Jorge Luis Tejedor Beltrán (22 de abril y 22 de mayo de 2017).

Por su parte, **MEDIMÁS E.P.S.**, (medio óptico de folio 54), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adujo que la función de aseguramiento de los afiliados a **CAFÉSALUD E.P.S.** existió hasta el 31 de julio de 2017; que la relación sustancial de **MEDIMÁS E.P.S.**, con los afiliados de **CAFÉSALUD E.P.S.** empezó el 01 de agosto de 2017; y que por lo anterior, las incapacidades al ser anteriores al 01 de agosto de 2017, están en cabeza de **CAFESALUD E.P.S.**

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 61 a 68), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de mayo de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ABSOLVER** a MEDIMAS E.P.S. de las pretensiones de la demanda interpuesta por ACTIVOS S.A.S.

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMAS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

**TERCERO: ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda presentada por **ACTIVOS S.A.S.** en contra de **CAFESALUD E.P.S.**

**CUARTO: ORDENAR** a **CAFESALUD E.P.S.** pagar la suma de \$2'783.798, con las correspondientes actualizaciones monetarias, a favor de **ACTIVOS S.A.S.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

**QUINTO: ORDENAR** a **CAFESALUD E.P.S.** pagar \$139.190, en favor de **ACTIVOS S.A.S.**, por concepto de agencias en derecho, correspondiente al 5% de la pretensión reconocida, pago que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la providencia del 26 de octubre 2017, decretó una medida cautelar de urgencia, a través de la que se ordenó a **MEDIMÁS E.P.S.**, adoptar las medidas necesarias tendientes a asegurar la prestación del servicio de salud y el pago de incapacidades reconocidas por **CAFÉSALUD E.P.S.** sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales; que dicha medida cautelar fue levantada el 10 de abril de 2019, por lo que quedó en cabeza de **CAFÉSALUD E.P.S.** el pago de incapacidades anteriores al 01 de agosto de 2017.

Explicó que en la medida que las incapacidades objeto de demanda son anteriores al 01 de agosto de 2017, le corresponde su pago a **CAFÉSALUD E.P.S.**; que está acreditado que se pagaron de forma total, 47 incapacidades, y de manera parcial, dos; que de las diez incapacidades que no han sido objeto de pago, una no es procedente, como quiera que, data del 16 al 17 de enero de 2017, y los primeros dos días le corresponde sufragarlas al empleador; y que por las nueve incapacidades restantes y las diferencias originadas por haberse efectuados pagos parciales en dos incapacidades, se adeuda la suma de \$2'783.798.

Concluyó expresando que no hay lugar a intereses moratorios, dado que no está acreditado solicitud o requerimiento que se hubiese efectuado por parte del empleador

demandante para que se efectuara el reconocimiento de las incapacidades por parte de **CAFÉSALUD E.P.S.**; que por lo anterior, el valor objeto de condena se debe reconocer debidamente indexado; por lo que condenó a esta última al pago de agencias en derecho.

#### **IV. APELACIÓN.**

**CAFESALUD E.P.S.** (fls.76 a 84).

Adujo que frente a las incapacidades de los trabajadores Ramiro Neira Timote y Enith Gutiérrez Padilla, únicamente le corresponde el pago de un día, pues fueron de tres días, de los cuales dos, deben ser pagados por el empleador; que frente a los saldos insolutos, le corresponde al empleador para lograr su pago acudir al proceso de liquidación; y que el proceso sumario goza de un mínimo de formalidades, no es necesario si quiera que se ejerza el derecho de postulación, por lo que, no resulta dable condenar por concepto de agencias en derecho.

**ACTIVOS S.A.S.** (fls. 98 a 103).

Manifestó que se incurrió en los siguientes errores: se liquidó las incapacidades 20170504 y 20170508 por debajo del valor que correspondía, pues no se tuvo en cuenta el criterio expuesto en la sentencia C-543 de 2007, en la que se señala que el valor no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente, por lo que existe se debe pagar una diferencia de \$1.788 y \$5.958, respectivamente; que la incapacidad 5519432, no se liquidó en debida forma, pues no se tuvo en cuenta la jurisprudencia aludida; y que la incapacidad 84268, no es de dos días, es una prórroga, al no existir una interrupción mayor de 30 días entre incapacidades.

Indicó que hay lugar al pago de intereses moratorios, como quiera que está acreditado que se realizaron las correspondientes

solicitudes de cobro a la E.P.S.; que únicamente se pagaron incapacidades al tener la demandada conocimiento del presente proceso; que **CAFÉSALUD E.P.S.**, no hizo comentario alguno frente a la reclamación, lo que significa la aceptación de tal hecho; que los plazos para pagar las prestaciones económicas son de carácter perentorio y de obligatorio cumplimiento por parte de las E.P.S., conforme al numeral 2° del artículo 2.1.1.3. del Decreto 780 de 2016; y que según el artículo 167 del C.G.P. se debe trasladar la carga de la prueba a quien está en mejor posición de demostrar.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si se debe someter la actora al proceso liquidatorio de **CAFÉSALUD E.P.S.**; si los valores liquidados por el A Quo frente a las incapacidades de los trabajadores Ramiro Neira Timote y Enith Gutiérrez Padilla, así como las de radicados 20170504, 20170508, 5519432 y 84268, se encuentran ajustados a derecho; si hay lugar a reconocer la incapacidad N°84268; y si es dable efectuar condena por concepto de agencias en derecho.

### **Del proceso liquidatorio**

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

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

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

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

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

calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

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

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

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

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

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

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

#### **Del pago de incapacidades.**

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea

incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

"Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia".

De la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores, regla que sólo aplica frente a las incapacidades concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, según el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**<sup>1</sup>.

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66%

---

<sup>1</sup> "Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente."



del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T<sup>2</sup>**.

No obstante, la norma aludida fue estudiada su constitucionalidad, por parte de la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **C-543 de 2007**, en la que dijo lo siguiente:

“ (...) la Corte ha analizado en anteriores ocasiones la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En casos de protección de derechos mediante la acción de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

Ha señalado esta corporación lo siguiente:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación”.

**En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.**

---

2 "ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de Incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

### **DEL CASO CON CONCRETO**

No fueron objeto de controversia alguna los siguientes hechos:

- i) Que durante la vigencia del contrato de trabajo de 35 trabajadores con **ACTIVOS S.A.S.**, éstos incurrieron en incapacidades, que se pormenorizaran más adelante, de las que no se ha logrado su pago (medio óptico de folio 44).
- ii) Que el empleador **ACTIVOS S.A.S.** efectuó solicitudes ante las demandadas para lograr el pago de las incapacidades de algunos de sus 35 trabajadores, como se señalará más adelante, los días 06 de junio de 2017, y 11 de julio de 2017 (medio óptico de folio 44). Al punto, se aclara que dentro de las solicitudes de los días 29 de diciembre de 2015, 10 de marzo de 2016, 21 de abril de 2016, 29 de julio de 2016, 15 de septiembre de 2016, y 10 de noviembre de 2016, no se encuentra ninguno de los trabajadores respecto de los que se pide su correspondiente incapacidad.
- iii) Que el 05 de julio de 2017, **CAFÉSALUD E.P.S.** solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de **CAFÉSALUD E.P.S.** a **MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 54).
- iv) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales (medio óptico de folio 54).

- v) Que mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar **CAFÉSALUD E.P.S.**, por el término de dos años (fls.86 a 95).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.**, aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Aclarado lo anterior, se tiene que **ACTIVOS S.A.S.** solicita el pago de las siguientes incapacidades:

| No | TRABAJADOR                       | RADICADO | FECHA INICIO | DÍAS DE INCAPACIDAD | FECHA SOLICITUD |
|----|----------------------------------|----------|--------------|---------------------|-----------------|
| 1  | MÓNICA ALEJANDRA MENESES BARAJAS | 599976   | 2/06/2017    | 5                   | 11/07/2017      |
| 2  | LUDDY GULIANA DURAN ARAQUE       | 592319   | 17/04/2017   | 6                   | -               |
| 3  | LUDDY GULIANA DURAN ARAQUE       | 601777   | 16/06/2017   | 4                   | 11/07/2017      |
| 4  | LUDDY GULIANA DURAN ARAQUE       | 601778   | 20/06/2017   | 8                   | 11/07/2017      |
| 5  | MARTHA CECILIA RUEDA ARIAS       | 603483   | 2/07/2017    | 30                  | -               |
| 6  | DECXY SOFIA PEÑA HERNÁNDEZ       | 301077   | 5/06/2017    | 7                   | 11/07/2017      |

|    |                                      |        |            |    |            |
|----|--------------------------------------|--------|------------|----|------------|
| 7  | DECXY SOPHA PEÑA HERNÁNDEZ           | 302803 | 13/06/2017 | 10 | 11/07/2017 |
| 8  | DECXY SOPHA PEÑA HERNÁNDEZ           | 305434 | 23/06/2017 | 10 | 11/07/2017 |
| 9  | PATRICIA MARTÍNEZ VELÁSQUEZ          | 597378 | 21/05/2017 | 4  | 6/06/2017  |
| 10 | MARÍA AURORA JOYA GAMBOA             | 599687 | 18/05/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 11 | CECILIA LÓPEZ BELTRÁN                | 579415 | 16/01/2017 | 2  | -          |
| 12 | CECILIA LÓPEZ BELTRÁN                | 600228 | 30/05/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 13 | CECILIA LÓPEZ BELTRÁN                | 601476 | 3/06/2017  | 5  | 6/06/2017  |
| 14 | CECILIA LÓPEZ BELTRÁN                | 603596 | 21/06/2017 | 5  | 11/07/2017 |
| 15 | CECILIA LÓPEZ BELTRÁN                | 605663 | 11/07/2017 | 7  | -          |
| 16 | RAQUEL VALBUENA SIERRA               | 596485 | 9/06/2017  | 3  | 6/06/2017  |
| 17 | ANGÉLICA BELEN QUEVEDO ORJUELA       | 596727 | 18/06/2017 | 4  | 6/06/2017  |
| 18 | MARÍA EDNA GAMBÁ                     | 598564 | 22/05/2017 | 4  | -          |
| 19 | DIANA MARÍA MORALES ALDANA           | 603041 | 18/06/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 20 | DIANA MARÍA MORALES ALDANA           | 603045 | 23/06/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 21 | SANDRA MILENA HENAO GARCÍA           | 595422 | 4/05/2017  | 5  | 6/06/2017  |
| 22 | SANDRA MILENA HENAO GARCÍA           | 595423 | 9/05/2017  | 10 | 6/06/2017  |
| 23 | JACQUELINE DEL SOCORRO BEDOYA ZAPATA | 600417 | 6/06/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 24 | JACQUELINE DEL SOCORRO BEDOYA ZAPATA | 606254 | 6/07/2017  | 3  | -          |
| 25 | ENITH GUTIERREZ PADILLA              | 606254 | 6/07/2017  | 3  | -          |
| 26 | YUDY BURITICA LUQUERMA               | 603280 | 2/06/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 27 | PATRICIA MORENO CHITIVA              | 578721 | 12/01/2017 | 3  | 11/07/2017 |
| 28 | PATRICIA MORENO CHITIVA              | 585642 | 17/02/2017 | 15 | -          |
| 29 | YIRA EDILSA CONDE CIFUENTES          | 596571 | 9/05/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 30 | HILDA ROCÍO ALFONSO CORONADO         | 601409 | 31/05/2017 | 30 | 11/07/2017 |
| 31 | SANDRA MARCELA DÍAZ SALCEDO          | 597379 | 9/05/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 32 | SANDRA MARCELA DÍAZ SALCEDO          | 600244 | 31/05/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 33 | GLORIA PATRICIA ISAZA MEJÍA          | 593007 | 7/04/2017  | 6  | 6/06/2017  |
| 34 | ALINA ASTRID GONZÁLEZ CHINCHILLA     | 596096 | 5/05/2017  | 3  | -          |
| 35 | INGRID PAOLA CASALLAS SANTOS         | 601298 | 13/05/2017 | 4  | 6/06/2017  |
| 36 | JOHANA CAICEDO PARADA                | 596082 | 5/05/2017  | 8  | 6/06/2017  |
| 37 | JOHANA CAICEDO PARADA                | 599196 | 13/05/2017 | 7  | 6/06/2017  |
| 38 | LINA LIZETH MOLINA                   | 596370 | 11/05/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 39 | LINA LIZETH MOLINA                   | 597048 | 17/05/2017 | 10 | 6/06/2017  |
| 40 | LINA LIZETH MOLINA                   | 600184 | 8/06/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 41 | LINA LIZETH MOLINA                   | 602087 | 22/06/2017 | 3  | 11/07/2017 |
| 42 | LINA LIZETH MOLINA                   | 603542 | 27/06/2017 | 3  | 11/07/2017 |
| 43 | LINA LIZETH MOLINA                   | 603393 | 30/06/2020 | 3  | 11/07/2017 |
| 44 | LINA LIZETH MOLINA                   | 603545 | 4/07/2017  | 3  | -          |
| 45 | LINA LIZETH MOLINA                   | 606043 | 14/07/2017 | 4  | -          |
| 46 | BELIANIRIAN CASTELLANOS              | 589685 | 10/03/2017 | 3  | 11/07/2017 |
| 47 | BELIANIRIAN CASTELLANOS              | 592367 | 6/04/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 48 | BELIANIRIAN CASTELLANOS              | 592857 | 17/04/2017 | 3  | 11/07/2017 |
| 49 | LUZ STELLA RODRÍGUEZ GARZÓN          | 599863 | 22/06/2017 | 3  | 6/06/2017  |
| 50 | YAGUELINE HUERFÍA                    | 600751 | 3/06/2017  | 3  | 11/07/2017 |
| 51 | MARTHA LUCIA TEGUE GIL               | 601579 | 13/06/2017 | 3  | 11/07/2017 |
| 52 | GILBERMON ANTONIO ACEVEDO OLAYA      | 594881 | 28/04/2017 | 7  | 6/06/2017  |
| 53 | CARLOS JULIO AYALA BOTAICHE          | 598831 | 15/05/2017 | 14 | 6/06/2017  |
| 54 | JORGE LUIS TEJADOR BELTRÁN           | 594226 | 22/04/2017 | 30 | -          |
| 55 | JORGE LUIS TEJADOR BELTRÁN           | 598270 | 22/06/2017 | 30 | -          |
| 56 | LUIS REINALDO RAMÍREZ CONTRERAS      | 597841 | 22/02/2017 | 5  | -          |

|    |                                |        |           |   |            |
|----|--------------------------------|--------|-----------|---|------------|
| 57 | LUIS ALIRIO DÍAZ ORTÍZ         | 600791 | 5/06/2017 | 3 | 11/07/2017 |
| 58 | RAMIRO NEIRA TIMOTE            | 606178 | 6/07/2017 | 3 | -          |
| 59 | JULIO ALEXANDER PINZÓN PINEROS | 595361 | 6/05/2017 | 3 | 11/07/2017 |

Ahora bien, y en cuanto a las liquidaciones objeto de impugnación tenemos en relación con las de Ramiro Neira Timote (N°58) y Enith Gutiérrez Padilla (N°25) que sus incapacidades fueron de tres días, por lo que **ciertamente le correspondía a CAFÉSALUD E.P.S.** el pago de un día, al corresponder los dos primeros a su empleador, sin que se observe que sean consecuencia de una prórroga, por manera que, la entidad promotora de salud debe asumir el pago por tales conceptos de los siguientes valores:

| TRABAJADOR              | FECHA INICIO | DÍAS DE INCAPACIDAD | I.B.C.     | I.B.C. DIARIO 2/3 PARTES | SALARIO MÍNIMO DIARIO |
|-------------------------|--------------|---------------------|------------|--------------------------|-----------------------|
| ENITH GUTIERREZ PADILLA | 6/07/2017    | 3 (1 a cargo E.P.S) | \$ 737.717 | \$ 24.590,56             | \$24.590,56           |
| RAMIRO NEIRA TIMOTE     | 6/07/2017    | 3 (1 a cargo E.P.S) | \$ 737.717 | \$ 24.590,56             | \$24.590,56           |

En la liquidación efectuada por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, se estableció que el valor a pagar era la suma de **\$24.591**, suma equivalente a la resultante en esta instancia, por lo que, **SE CONFIRMARÁ** en tal sentido la sentencia.

Ahora, y en relación con las **incapacidades 20170504 y 20170508**, se tiene que corresponden a las de la trabajadora **Sandra Milena Henao García** (N° 21 y 22), que fueron por cinco y diez días, que iniciaron el 04 y el 09 de mayo de 2017, respectivamente, por lo que la incapacidad de la actora se extendió sin interrupción del 04 al 18 de mayo de 2017, por lo que 13 días le correspondía a la E.P.S. y dos, al empleador. Al punto, el artículo 2.2.3.2.3. del Decreto 780 de 2016, establece:

**“Artículo 2.2.3.2.3. Prórroga de la incapacidad.** Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o

por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario”.

De esta manera, y efectuadas las operaciones de rigor, tenemos que los valores a pagar son los siguientes:

| TRABAJADOR                 | FECHA INICIO | DÍAS DE INCAPACIDAD  | I.B.C.      | VALOR INCAPACIDAD | VALOR PAGADO E.P.S. | DIFERENCIA |
|----------------------------|--------------|----------------------|-------------|-------------------|---------------------|------------|
| SANDRA MILENA HENAO GARCÍA | 4/05/2017    | 5 (3 a cargo E.P.S.) | \$1'923.000 | \$128.200         | \$81.640            | \$46.560   |
| SANDRA MILENA HENAO GARCÍA | 9/05/2017    | 10                   | \$1'923.000 | \$427.355         | \$272.133           | \$155.222  |

Sobre el tópico, el juzgado de conocimiento tuvo como valor resultante de la primera incapacidad, la suma de **\$46.566**, y de la segunda, **\$155.222**, valores que son coincidentes con los de esta instancia, por lo que se considera que se encuentran ajustadas a derecho.

Por otra parte, y en relación con la incapacidad denominada **5519432**, observa la Sala que hace referencia a la **de Decxy Sofia Peña Hernández** del 23 de junio de 2017, trabajadora que estaba incapacitada desde el 05 de junio de 2017, y que tuvo dos incapacidades adicionales de diez días, el 13 y el 23 de junio de 2017, sin que entre cada una de tales incapacidades hubiera una interrupción mayor a 30 días, por lo que ciertamente la incapacidad del 23 de junio de 2017 se debió pagar por 10 días. Efectuadas las operaciones de rigor, se tiene:

| TRABAJADOR                 | FECHA INICIO | DÍAS DE INCAPACIDAD | I.B.C.      | VALOR INCAPACIDAD | VALOR PAGADO E.P.S. | DIFERENCIA   |
|----------------------------|--------------|---------------------|-------------|-------------------|---------------------|--------------|
| DECXY SOFIA PEÑA HERNÁNDEZ | 23/06/2017   | 10                  | \$2'143.870 | \$476.145,55      | \$508.097           | -\$32.681,44 |

Así las cosas, encuentra la Sala que el valor pagado por la E.P.S. se encuentra ajustado a derecho, pues reconoció una suma superior a la que le correspondía, **\$590.097**, cuando lo que debió pagar era **\$476.145,55**; por ende, no hay lugar a imponer condena por tal concepto.

Finalmente, y en relación con la incapacidad denominada **84268**, observa la Sala que se refiere la parte actora a la de la trabajadora **Cecilia López Beltrán** a la del 16 de enero de 2017, que es únicamente de dos días, sin que se encuentre que previamente hubiese estado incapacitada, por lo que su pago ciertamente correspondía al empleador. Al punto, se aclara que si bien la trabajadora presenta varias incapacidades, todas están son posteriores e inician el 30 de mayo de 2017, por lo que, no es dable imponer condenas por las mismas.

#### **De los intereses moratorios.**

Los intereses moratorios tienen lugar una vez vence el plazo límite para efectuar el reconocimiento de una obligación. En relación con incapacidades, el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece:

**“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas.** A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

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

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

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

**Parágrafo 2°. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante**

deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.” (Negrillas por la Sala).

Por su parte, el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, señala:

**“Artículo 4°. Intereses moratorios.** El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

De las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia, la procedencia de los intereses moratorios ante la falta de pago por parte de la E.P.S. en los términos señalados en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011. No obstante, en el caso de marras, se acreditó la aprobación del proceso de reorganización de **CAFEÉSALUD E.P.S.** mediante la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017, acto administrativo en el que se dispuso:

**“ARTÍCULO PRIMERO. APROBAR** el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), consistente en la creación de una Nueva Entidad a saber, la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).

**ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR** la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la Habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud Entidad promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización Propuesto.

**PARÁGRAFO PRIMERO.** Serán objeto de cesión a la nueva entidad la totalidad de activos que hayan sido adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-.

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** La habilitación a ceder corresponde a la otorgada mediante Resolución 0973 del 29 de diciembre de 1994 como Entidad Promotora de Salud del Régimen contributivo, así como también la otorgada mediante Resolución 1358 del 29 de septiembre de 2008 como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, al igual que la capacidad de afiliación asignada mediante Resolución 2779 del 23 de diciembre de 2015 para el Régimen Subsidiado y la Resolución



2812 del 15 de septiembre de 2016 para el Régimen Contributivo”.

En igual sentido, el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** efectuara la prestación del servicio de salud, y el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, entendiéndose en tal sentido que en virtud de tal orden judicial, las prestaciones económicas estuvieron temporalmente en cabeza de **MEDIMÁS E.P.S.**, y no de **CAFESALUD E.P.S.**; medida cautelar que no fue levantada sino hasta el 10 de abril de 2019.

En efecto, en el proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones posteriores al 01 de agosto de 2017 quedaron a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.** y las anteriores a cargo de **CAFÉSALUD E.P.S.**:

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**Demandado: **MEDIMAS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de **CAFESALUD EPS S.A.**, razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735".

Por tanto, considera la Sala que a partir del 01 de agosto de 2017, **CAFÉSALUD E.P.S.** estuvo vedada para efectuar reconocimientos prestacionales con ocasión de la medida cautelar proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de modo que, sólo hasta cuando se levantó la medida cautelar era dable exigirle a tal entidad promotora de salud, los correspondientes pagos por concepto de incapacidades, situación que como quedó visto acaeció el 10 de abril de 2019, fecha para la que ya se habían efectuado los pagos de 49 facturas por parte de **CAFÉSALUD E.P.S.** (46 de forma total, y 3 de forma parcial), según lo señalado por la apoderada de la parte actora en su impugnación, por lo que no es dable imponer condena por intereses moratorios.

En cuanto a las que no fueron objeto de pago, únicamente se ordenó el pago de nueve incapacidades, por lo que sería del caso efectuar condena por concepto de intereses moratorios sino fuera porque no se encontró que se hubiera efectuado su correspondiente cobro:

| TRABAJADOR                           | RADICADO | FECHA INICIO | DÍAS DE INCAPACIDAD | FECHA SOLICITUD |
|--------------------------------------|----------|--------------|---------------------|-----------------|
| MARTHA CECILIA RUEDA ARIAS           | 603483   | 2/07/2017    | 30                  | -               |
| CECILIA LÓPEZ SELTRÁN                | 579415   | 16/01/2017   | 2                   | -               |
| JACQUELINE DEL SOCORRO BEDOYA ZAPATA | 606254   | 6/07/2017    | 3                   | -               |
| ENITH GUTIERREZ PADILLA              | 606254   | 6/07/2017    | 3                   | -               |

|                            |        |            |    |   |
|----------------------------|--------|------------|----|---|
| LINA LIZETH MOLINA         | 603545 | 4/07/2017  | 3  | - |
| LINA LIZETH MOLINA         | 806043 | 14/07/2017 | 4  | - |
| JORGE LUIS TEJADOR BELTRÁN | 594226 | 22/04/2017 | 30 | - |
| JORGE LUIS TEJADOR BELTRÁN | 598270 | 22/05/2017 | 30 | - |
| RAMIRO NEIRA TIMOTE        | 606178 | 6/07/2017  | 3  | - |

### **De las agencias en derecho.**

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la **CAFÉSALUD E.P.S.**, es tal entidad la llamada a asumir tal carga.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del CGP, tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

### **VIII. DECISIÓN**

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

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMAS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

**R E S U E L V E:**

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

**SEGUNDO. - Sin costas** en esta instancia.

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

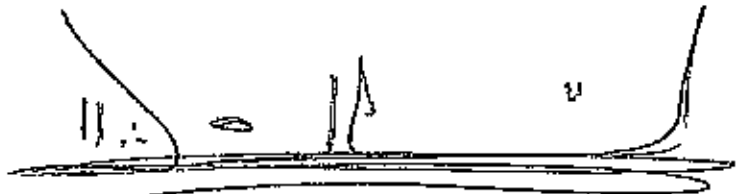
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**  
Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- D.I.A.N.** promoviese contra **FAMISANAR E.P.S.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1 PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el pago de una incapacidad por enfermedad general por la suma de \$140.711, junto con los respectivos intereses moratorios.

## **2. HECHOS.**

Como fundamentos de las pretensiones, la activa argumenta:  
1) La servidora pública Luisa Fernanda Guzmán Garzón presta sus servicios desde el 20 de febrero de 2008, desempeña el cargo de Gestor I, se encuentra afiliada a **E.P.S. FAMISANAR**, y estuvo incapacitada del 14 al 18 de diciembre de 2012; y 2); Se efectuó solicitud de cobro de la incapacidad mediante oficio n°100214309-107-2016, no obstante, la demandada se abstuvo de efectuar tal reconocimiento.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

La **E.P.S. FAMISANAR** no dio respuesta la solicitud efectuada por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- D.I.A.N.**

## **III. SENTENCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 45 a 47), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de febrero de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO: ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por la D.I.A.N. contra FAMISANAR E.P.S.

**SEGUNDO: ORDENAR** a FAMISANAR E.P.S. pagar a favor de la D.I.A.N. la suma de \$103.319, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que se encuentra debidamente acreditado que Luisa Fernanda Guzmán Garzón estuvo vinculada a la D.I.A.N., que a su favor se generó una incapacidad por el periodo comprendido entre el 14 y el 18 de diciembre de 2012, y que la

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE  
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- D.I.A.N.**

Demandado: **E.P.S. FAMISANAR.**

D.I.A.N. pagó la prestación, por lo que está legitimada para efectuar su cobro a la entidad promotora de salud.

Explicó que para que haya lugar al pago de una incapacidad es necesario que se hubiese efectuado el pago de 28 días de manera ininterrumpida y completa en el mes inmediatamente anterior al inicio de la incapacidad, y que se hubieran efectuado cotizaciones de por lo menos cuatro de los seis meses anteriores al inicio de la incapacidad, lo que se encuentra acreditado en el plenario; que tres de los cinco días de incapacidad debieron ser asumidos por el empleador, por lo que por concepto de incapacidad le corresponde a la demandada pagar la suma de \$108.319,29, al tener que la trabajadora Luisa Fernanda Guzmán Garzón tenía un salario de \$2'437.061.

Concluyó expresando que no hay lugar a intereses moratorios, dado que no está acreditado solicitud o requerimiento que se hubiese efectuado por parte del empleador demandante para que se efectuara el reconocimiento de la incapacidad por parte de FAMISANAR E.P.S.

#### **IV. APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA (fls.50 a 52).**

Adujo que la liquidación se debió efectuar con el salario del mes inmediatamente anterior, **\$3'166.000**, por lo que, el valor a pagar sería la suma de **\$140.711.**; y que conforme al artículo 9° del Decreto 1848 de 1969, la incapacidad se debe pagar con base en el salario devengado por el incapacitado.

##### **ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problemas jurídico se circunscribe a determinar si los valores liquidados por el A Quo frente a la incapacidad de Luisa Fernanda Guzmán Garzón se encuentran ajustados a derecho.

### **Del pago de incapacidades**

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea



Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE  
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- D.I.A.N.**

Demandado: **E.P.S. FAMISANAR.**

el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que aduce:

**"Artículo 121.** El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia".

De la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores, regla que sólo aplica frente a las incapacidades concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, sea público o privado, según lo establece el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que a la letra reza:

**"PARAGRAFO 1o.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

**Lo anterior tanto en el sector público como en el privado"**  
(Negrillas por la Sala).

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo. Al punto, el artículo 9° del Decreto 1848 de 1969, señala:

**“ARTICULO 9. PRESTACIONES.** En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a. Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y (...) ”.

Por otra parte, y en relación con la controversia referida a si se debe liquidar sobre la asignación básica mensual o el Ingreso Base de Cotización, debe tenerse en cuenta que ciertamente se trata de dos conceptos distintos; para entender ello, es menester traer a colación el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que la base para calcular las cotizaciones es el salario mensual, y que en tratándose de un servidor público, según la Ley 4° de 1992, las cotizaciones se pagan sobre lo que para el efecto determine el Gobierno Nacional, por lo que se hace necesario acudir al parágrafo 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que dicta:

“La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley”.

Así, es plausible acudir al Decreto 1158 de 1994 que determina que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestado;

Por tanto, es claro que el Ingreso Base de Cotización para los servidores públicos no sólo contiene la asignación básica mensual, sino que también incluye otros factores, ya que, el valor a aportar está en función de las cotizaciones efectivamente sufragadas ante el ente gestor de la seguridad social, y no simplemente de la mera asignación básica mensual devengado por el afiliado.

Así, el valor que se debe reembolsar al empleador debe ser calculado sobre lo efectivamente cotizado, aclarando que, si se aportó sobre un valor inferior a la asignación básica mensual, y se pagó al trabajador con fundamento en éste, la responsabilidad de tal actuar es única y exclusivamente del mismo empleador, quien no podrá posteriormente alegar en su favor su propia culpa, solicitando el reembolso sobre el salario real, a menos que se percate de la existencia de un error y, como consecuencia de éste, efectúe el pago de la diferencia al sistema de seguridad social a su trabajador, y le reliquide a éste la prestación.

Finalmente, es necesario recordar que conforme al artículo 9° del Decreto 1406 de 1999 adicionado por el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, y compilado en el Decreto 780 de 2016, el I.B.C. que se debe tomar es la nómina pagada en el mes anterior a aquel que se busca cubrir:

**“Artículo 3.2.1.3 Ingreso Base de Cotización para los aportes en salud.** En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso”.

### **DEL CASO EN CONCRETO**

No fueron objeto de controversia alguna los siguientes hechos:

- i) Que Luisa Fernanda Guzmán Garzón se encuentra vinculada a la planta de empleos temporales de la D.I.A.N. desde el 20 de febrero de 2008, como Gestor I (fl.29).
- ii) Que Luisa Fernanda Guzmán Garzón estuvo incapacitada entre el 14 y el 18 de diciembre de 2012 (fl. 17).
- iii) Que la asignación básica mensual de Luisa Fernanda Guzmán Garzón para diciembre de 2012 era la suma de \$2'437.061 (fl.42).
- iv) Que la D.I.A.N. aportó para el periodo de noviembre de 2012 (diciembre de 2012 en salud), la suma de \$3'166.000 (fl.28).
- v) Que el 29 de mayo de 2014, la D.I.A.N. le concedió licencia por enfermedad a Luisa Fernanda Guzmán Garzón del 14 al 18 de diciembre de 2014, efectuando su correspondiente pago (fls.30 y 31).
- vi) Que el 08 de febrero de 2016, la D.I.A.N. solicitó el reconocimiento y pago de incapacidades a E.P.S. FAMISANAR, entre ellas, la de Luisa Fernanda Guzmán Garzón (fls. 19 a 27).

Pues bien. Sentado lo anterior, y en consideración a que la apelación interpuesta gira en torno al valor resultante por

concepto de incapacidad, se procede a efectuar las operaciones aritméticas de rigor, para lo cual se tiene que la asignación básica mensual de la trabajadora, Luis Fernanda Guzmán Garzón, era de **\$2'437.061**, sin embargo, se observa que, por parte del empleador se efectuó una cotización por un valor superior al sistema general de salud, esto es, **\$3'166.000**.

Por ende, se procede a liquidar la incapacidad con base en la suma de **\$3'166.000**, teniendo en cuenta además que, si bien la incapacidad es de cinco días, dos de estos debieron ser asumidos por el empleador, empero el A Quo liquidó sobre únicamente sobre dos días a cargo de la E.P.S. sin que se presentara recurso sobre tal aspecto:

Fórmula de pago de incapacidad: Salario x 66,67% x días/30

Valor incapacidad:  $\$3'166.000 \times 66.67\% \times 2/30$

Valor incapacidad:  $\$3'166.000 \times 66.67\% \times 0.067$

Valor incapacidad:  $\$3'166.000 \times 4.47\%$

**Valor incapacidad: \$140.711,11**

Conforme a lo expuesto, y como quiera que, el valor resultante en primera instancia fue la suma de **\$108.319,24**, suma inferior a la establecida en esta instancia, **\$140.711,11** resulta procedente MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de la incapacidad que tuvo Luisa Fernanda Guzmán Gómez, entre el 14 y 18 de diciembre de 2012, se debe pagar la suma de **\$140.711**. En lo demás, se confirmará la sentencia.

#### **VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE  
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- D.I.A.N.**

Demandado: **E.P.S. FAMISANAR.**

## **VII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que **FAMISANAR E.P.S.** debe pagar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- D.I.A.N.,** la suma de \$140.711 por concepto de la incapacidad que tuvo la servidora pública, Luisa Fernanda Guzmán Gómez entre el 14 de diciembre de 2012 y el 18 de diciembre de 2012.

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

**TERCERO. - Sin costas** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **CAFÉSALUD E.P.S.** en contra de la sentencia proferida el 19 de junio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que la **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.** promoviese en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFÉSALUD E.P.S.**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el pago de una licencia de maternidad por la suma de **\$4'199.958.**

#### **2. HECHOS.**

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: 1) Elba Dianira Cañón Castro, su trabajadora, dio a luz a su hijo Nicolás Stiven Arteaga Cañón; 2) A la trabajadora Elba Dianira Cañón Castro le fue otorgada licencia de maternidad del 05 de junio al 08 de octubre de 2017; 3) Se radicó y pagó en tiempo la correspondiente licencia de maternidad; 4) A la fecha, **CAFÉSALUD E.P.S.** no ha pagado la licencia de maternidad.

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**CAFÉSALUD E.P.S.**, (medio óptico de folio 85), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó licencia de maternidad reconocida y liquidada, no existe prueba del pago realizado por la Constructora H.J. Pérez S.A.S. a Elba Dianira Cañón Castro, y la genérica.

Indicó que esa entidad reconoció, liquidó y aprobó para su pago la licencia de maternidad de Elba Dianira Cañón Castro, pero su consignación no se ha podido efectuar, en atención a que la cuenta que se tiene destinada para efectuar el pago de



prestaciones económicas se encuentra embargada por orden judicial.

Por su parte, **MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 85), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adujo que Elba Dianira Cañón Castro se encontraba afiliada a **CAFÉSALUD E.P.S.**; que la función de aseguramiento de los afiliados a **CAFÉSALUD E.P.S.**, existió hasta el 31 de julio de 2017; que la relación sustancial de **MEDIMÁS E.P.S.** con los afiliados de **CAFÉSALUD E.P.S.**, empezó el 01 de agosto de 2017; y que, por lo anterior, las incapacidades causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017, están en cabeza de **CAFÉSALUD E.P.S**

### **III. SENTENCIADE PRIMERA IMSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 60 a 64), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

[...] **SEGUNDO: ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.** en contra de **CAFESALUD E.P.S.**

**TERCERO: ORDENAR** a **CAFESALUD E.P.S.** pagar la suma de \$1'900.000, con las correspondientes actualizaciones monetarias, a favor de **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

**CUARTO: ORDENAR** a **MEDIMAS E.P.S.** pagar la suma de \$2'300.000, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de **VC ELECTRICOS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

En síntesis, refirió que no desconoce que mediante la Resolución 007172 de 2019 la Superintendencia de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes, y negocios, y la intervención forzosa administrativa para liquidar **CAFÉSALUD E.P.S.**; que pese a lo anterior, el agente liquidador tiene la obligación de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesan sobre los bienes de la entidad, con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que sean reconocidas dentro del proceso liquidatorio, por lo que **CAFÉSALUD EN LIQUIDACIÓN E.P.S.**, debió ejercer las acciones tendientes al levantamiento de las cautelas que pesan sobre la totalidad de sus bienes; y que por lo anterior, el hecho de que se tengan cuentas embargadas no fundamenta que la E.P.S. se abstenga del pago de las prestaciones económicas a su cargo, por demás que el cumplimiento de sus obligaciones es ajeno a las situaciones administrativas de la entidad.

Agregó que los recursos con los que se pagan las licencias de maternidad son administrados por la **A.D.R.E.S.**, y no por la E.P.S., y su liberación surge a partir de la acción que genera el derecho (nacimiento, parto), así como del cumplimiento de los requisitos legales; y que, en tal sentido, la E.P.S. garantiza la debida destinación de los recursos, por manera que no tiene asidero el desconocimiento de la prestación bajo el argumento de una presunta congelación de cuentas.

Concluyó expresando que el valor de la incapacidad recae tanto en **CAFÉSALUD E.P.S.** como en **MEDIMÁS E.P.S.**, puesto que la última resultaría responsable a partir del 01 de agosto de 2017; y que, por lo expuesto, **CAFÉSALUD E.P.S** debe pagar la suma de \$1'900.000, y **MEDIMAS EPS**, la suma de \$2'300.000.

#### **IV. APELACIÓN.**

**CAFÉSALUD E.P.S** ., (fls.71 y 72), Adujo que se está frente a un hecho superado, como quiera que mediante la contestación de

la demanda, señaló que reconoció la suma de **\$4'199.958**, pero que su pago se iba a realizar una vez se levantaran las medidas cautelares; que pese a lo anterior, la licencia de maternidad requerida, se encontraba relacionada en la base de datos que fue enviada a la **E.P.S. MEDIMÁS**, en virtud del auto del 26 de octubre de 2017, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, con radicado 2500023410002016-01314-00, que cursó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A; y que por lo dicho, se procedió a realizar el pago de la licencia de maternidad en la cuenta 022120653 del Banco Av Villas.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si en virtud de las medidas cautelares existentes contra **CAFESALUD E.P.S.**, ésta se puede abstener de efectuar el pago de prestaciones económicas; y si se encuentra debidamente acreditado el pago efectuado por **MEDIMÁS E.P.S.** a favor de **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.** por la licencia de su trabajadora, Elba Dianira Cañón Castro.

### **Del procedo liquidatorio**

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

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

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

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

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el

deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

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

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

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

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la **E.P.S. CAFESALUD**, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

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

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

#### **La carga de probar el pago.**

Cuando el deudor afirma que sufragó el valor de una obligación, es necesario remitirse al inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, que dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De otro lado debe tenerse en cuenta que el proceso sumario goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para abstenerse de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

“(…) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las

constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictará sentencia.** Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS”.

#### **DEL CASO CONCRETO.**

No fueron objeto de controversia alguna. los siguientes hechos:

- i) Que la empresa demandante celebró contrato de trabajo por obra o labor con Elba Dianira Cañón Castro, para desempeñar el cargo de Secretaria Administrativa y Contable, a partir del 10 de enero de 2017 (fls. 41 a 46).
- ii) Que Elba Dianira Cañón Castro dio a luz a su hijo Nicolás Stiven Arteaga Cañón el 12 de junio de 2017 (fl.23)
- iii) Que a Elba Dianira Cañón Castro le fue otorgada licencia de maternidad del 05 de junio al 08 de octubre de 2017, la que se encuentra liquidada por valor de **\$4'199.958** (fl.26).



- iv) Que durante el lapso en que estuvo vigente la licencia de maternidad, la **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.** pagó el salario a su trabajadora, Elba Dianira Cañón Castro (fls.32 a 40).
- v) Que el 05 de julio de 2017, **CAFÉSALUD E.P.S.** solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de **CAFÉSALUD E.P.S.** a **MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 85).
- vi) Que la activa solicitó el pago de la licencia de maternidad a **CAFÉSALUD E.P.S.** el 23 de octubre de 2017 (fl.27).
- vii) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que la sociedad **CAFÉSALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro

de tal proceso liquidatario, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Ahora bien, la Sala no desconoce que mediante providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia, dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales. No obstante, en proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que **las prestaciones posteriores al 01 de agosto de 2017** quedaron a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.** y las anteriores a cargo de **CAFESALUD E.P.S.:**

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) **Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad MEDIMÁS EPS S.A.S., tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de**

la población de afiliados de CAFESALUD EPS S.A., razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de MEDIMÁS EPS S.A.S., esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735”.

Por tanto, ni la existencia de un proceso liquidatario, ni la vigencia de una medida cautelar puede ser justificación para que las demandadas se abstengan del reconocimiento de las prestaciones económicas a su cargo.

Aclarado lo anterior, observa la Sala que la **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.** solicita el pago de la licencia de maternidad de su trabajadora Elba Dianira Cañón Castro, la que se prolongó del 05 de junio al 08 de octubre de 2017.

Ahora bien, para demostrar el reconocimiento de la licencia de maternidad, tenemos que **MEDIMÁS E.P.S.**, aportó con el correo electrónico del 21 de julio de 2020, la siguiente relación de pagos que realizó el 27 de septiembre de 2018:

| No. Liquidador | Fecha inicio | Fecha fin  | Días pagados | Saldo a favor | Factura            |
|----------------|--------------|------------|--------------|---------------|--------------------|
| 758632108      | 05/06/2017   | 08/10/2017 | 30           | \$ 999.990    | GNO-PRES-1196-2018 |
| 758632107      | 05/06/2017   | 08/10/2017 | 30           | \$ 999.990    | GNO-PRES-1196-2018 |
| 758632110      | 05/06/2017   | 08/10/2017 | 10           | \$ 333.330    | GNO-PRES-1196-2018 |
| 758632109      | 05/06/2017   | 08/10/2017 | 30           | \$ 999.990    | GNO-PRES-1196-2018 |
| 758632106      | 05/06/2017   | 08/10/2017 | 26           | \$ 866.658    | GNO-PRES-1196-2018 |

De esta manera, sería del caso adentrarse a verificar si tales pagos corresponden a la licencia de maternidad de la trabajadora Elba Dianira Cañón Castro, si no fuera porque se allegó la correspondiente relación de pagos a través de correo electrónico el 21 de julio de 2020, esto es, una vez fue proferida la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, lo que se reitera, acaeció el 19 de junio de 2020;

providencia que fuere notificada el 14 de julio de 2020 (fls. 65 a 69).

Es así como observa la Sala que tan sólo cuando se elevó la impugnación por parte de la apoderada de **CAFÉSALUD E.P.S.**, fue que se puso de presente que se había efectuado el correspondiente pago de la licencia de maternidad, cuando presuntamente este se había efectuado desde el 27 de septiembre de 2018, por lo que, no se entiende cómo es que solo hasta que fue proferida sentencia se allegaron las correspondientes constancias de pago (medio óptico de folio 85). Aunado a ello, no observa la Sala que el A Quo hubiera atentado contra el debido proceso de las demandadas condenadas, por el contrario, les notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y éstas tuvieron la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de aducir los aludidos documentos, la Sala se remitirá a los allegados al medio óptico de folio 85, en especial, al que se denomina “relación de pagos por transferencia detallada por proveedor”, en la que si bien se establece que se efectuó el pago a favor de **CONSTRUCTORA H.J. PÉREZ S.A.S.** y que fue por concepto de licencia, tal relación no da cuenta si se realizó por la licencia de maternidad que gozó la trabajadora Elba Dianira Cañón Castro, por lo que, con el mismo no se logra establecer fehacientemente su pago.

Conforme a lo brevemente narrado **SE CONFIRMARÁ** la condena impuesta.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

### **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

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

**SEGUNDO. - Sin costas** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que la **ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ** promoviese en contra de **CAFESALUD E.P.S.**, y **MEDIMÁS E.P.S.**.

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PRETENSIONES**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el pago de \$148.926 por concepto de reembolso de la incapacidad de su trabajadora Piedad Liliana Parra Puerto.

#### **2. HECHOS.**

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta, en síntesis, que: 1) Piedad Liliana Parra Puerto labora a sus servicios; 2) A Piedad Liliana Parra Puerto le fue otorgada incapacidad médica entre el 24 y el 26 de marzo de 2015; 3) Realizó el pago de la incapacidad médica; y 4) Solicitó a la E.P.S. CAFESALUD el pago de la incapacidad médica que sufragó a su trabajadora, no obstante, a la fecha se encuentra como no pagada.

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 13), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adujo que Piedad Liliana Parra Puerto se encontraba afiliada a **CAFÉSALUD E.P.S.**; que la función de aseguramiento de los afiliados a **CAFÉSALUD E.P.S** existió hasta el 31 de julio de 2017; que la relación sustancial de **MEDIMÁS E.P.S.**, con los

afiliados de **CAFÉSALUD E.P.S.** empezó el 01 de agosto de 2017; y que por lo anterior, las incapacidades causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017, están en cabeza de **CAFÉSALUD E.P.S**

Por su parte, **CAFÉSALUD E.P.S.**, (medio óptico de folio 13), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó las incapacidades reconocidas por **CAFÉSALUD E.P.S.**, están a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.**, no existe prueba del pago realizado por la **ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ** a la señora Piedad Liliana Parra Puerto, y la genérica.

Indicó que de conformidad con la orden emitida el 26 de octubre de 2017, por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se decretó como medida cautelar de urgencia dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** debía prestar la prestación del servicio de salud, y efectuar el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

Finalmente, adujo que no se allega ningún documento del pago por parte de la **ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ** para que se pueda efectuar el reembolso del valor presuntamente pagado.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 14 a 17), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de julio de 2020, en la que dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:



Demandante: **ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ.**

Demandado: **MEDIMAS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

(...) **SEGUNDO: ABSOLVER** a MEDIMAS E.P.S. de las pretensiones de la demanda interpuesta por la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ.

**TERCERO: ACCEDER** a la pretensión de la demanda presentada por la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ

**CUARTO: ORDENAR** a CAFESALUD E.P.S. pagar la suma de \$148.926, a favor de la ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

En síntesis, refirió que mediante la Resolución 2426 de 2017 se aprobó el plan de reorganización institucional presentado por **CAFÉSALUD E.P.S.**, en virtud de la decisión del 26 de octubre de 2017, proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se decretó medica cautelar de urgencia, ordenándose a **MEDIMÁS E.P.S.**, que adoptara las medidas necesarias tendientes a asegurar el cumplimiento de la prestación del servicio de salud y el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámite adicional; que pese a lo anterior la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 10 de abril de 2019, ordenó que debían cesar los efectos de la medida cautelar, y estableció que el responsable del pago de las incapacidades causadas hasta el 01 de agosto de 2017 era CAFESALUD E.P.S.

Concluyó expresando que de los desprendibles de pago allegados por la **ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ** se logra establecer que se pagó la incapacidad de la trabajadora Piedad Liliana Parra Puerto; y que por lo dicho, hay lugar al pago de la prestación económica únicamente a cargo de **CAFÉSALUD E.P.S.**

#### **IV. APELACIÓN.**

**CAFÉSALUD E.P.S.** (medio óptico de folio 13) adujo que la prestación económica se encuentra reconocida y liquidada por **CAFÉSALUD E.P.S.**, no obstante, mediante la Resolución 007172 de 2019, se ordenó la liquidación de la entidad, por lo que, para

que se pueda efectuar su pago, es necesario que la accionante acuda al proceso liquidatorio.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si en virtud del proceso liquidatorio que cursa contra CAFESALUD E.P.S., ésta se puede abstener de efectuar el pago de prestaciones económicas a su cargo.

##### **Del proceso liquidatorio**

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

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de

Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

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

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

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

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

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

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

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

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

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

### **DEL CASO CON CONCRETO**

No fueron objeto de controversia alguna los siguientes hechos:

- i) Que el 08 de diciembre de 2008, la empresa demandante celebró contrato de trabajo a término indefinido con Piedad Liliana Parra Puerto, para desempeñar el cargo de Músico de Orquesta Grado 02: Violín (medio óptico de folio 13).
- ii) Que a la trabajadora Piedad Liliana Parra Puerto le fue reconocida incapacidad por los días 24 a 26 de marzo de 2015, la que fue pagada por su empleador el 07 de enero de 2016 (medio óptico de folio 13).
- iii) Que el 05 de julio de 2017 CAFESALUD E.P.S. solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de CAFESALUD E.P.S. a MEDIMÁS E.P.S.
- iv) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que MEDIMÁS E.P.S.

prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de la incapacidad objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Ahora bien, la Sala no desconoce que mediante providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia, dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.**, prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales. No obstante, en proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones **posteriores al 01 de agosto de 2017** quedaron a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.** y las anteriores a cargo de **CAFÉSALUD E.P.S.:**

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por

medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).".

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de **CAFESALUD EPS S.A.**, razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735".

Por tanto, la existencia de un proceso liquidatorio, así como también de una medida cautelar puede ser justificación para que **CAFÉSALUD E.P.S .**, se abstenga de efectuar el reconocimiento de la prestación económica deprecada, por lo que, se considera acertada la condena, más aún cuando data de **marzo de 2015**, esto es, de mucho antes de ser aprobado su plan de reorganización institucional, que como quedó visto acaeció el 19 de julio de 2017.

Conforme a lo brevemente narrado **SE CONFIRMARÁ** la condena impuesta.

## **VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ.**

Demandado: **MEDIMAS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

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

**SEGUNDO. - Sin costas** en esta instancia.

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

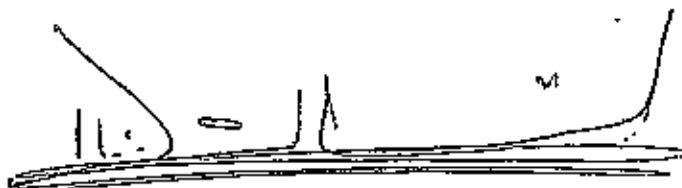
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **EDILBERTO BARRIOS CASTRO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. HECHOS.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “nulidad” que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR

S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita su traslado de PORVENIR S.A. al régimen de prima media, junto con la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses; y que se active y se actualice la historia laboral por parte de COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 87 a 109), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

Expuso que el actor no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, por lo que, no puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010; que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; y que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legal de trasladarse de que trata la Ley 797 de 2003, esto es, la imposibilidad de efectuar traslados de regímenes cuando falten menos de diez años para cumplir la edad pensional.

Explicó que el error que se alega es de hecho, no obstante, este no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del

acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que operó la excepción de prescripción, dado que el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; y que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., ya que, ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión.

Finalmente, señaló que declarar la ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues precisamente las razones de la exequibilidad de la modificación de la Ley 797 de 2003, referente a la imposibilidad de trasladarse cuando faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, tienen como fin evitar la descapitalización del sistema pensional, conforme a la sentencia C-1024 de 2004.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 131 a 144) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Señaló que de conformidad con el Concepto 2015123910-002 de 2015, proferido por la Superintendencia Financiera sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de informar a los consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales.

Manifestó que con ocasión a la expedición de la Ley 797 de 2003 mediante Circular 01 de 2014 publicaron en el diario El Tiempo, un aviso de prensa en el que se informó a todos los

afiliados las modificaciones que trajo tal normatividad, entre las que se incluye la imposibilidad de trasladarse cuando faltan menos de diez para cumplir la edad pensional.

Adujo que no puede tildarse de falsa la manifestación de que es dable lograr una pensión más alta que la que obtendría en el régimen de prima media, por el contrario, es perfectamente posible dada la esencia misma del sistema pensional de ahorro individual; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que el formulario de afiliación cumple los requisitos del Decreto 692 de 1994; y que el actor no hizo uso del derecho de retracto.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación y traslado realizado por EDILBERTO BARRIOS CASTRO con PORVENIR S.A. el 10 de abril de 1997 contenida en formulario No.887190.

**SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados, hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

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

**CUARTO:** Se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PORVENIR.

**QUINTO:** Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de los demandantes. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información de manera clara, completa y

transparente; que los fondos de pensiones deben tener personal capacitado que permita dar a conocer a los posibles afiliados las características de los regímenes pensionales, y dejar los correspondientes registros para que los interesados tengan elementos de juicio claros y objetivos para escoger las mejores opciones del mercado; que por lo anterior, era deber de los fondos privados suministrar información de las características de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado; que la declaratoria de ineficacia de traslado es procedente así el afiliado no se encuentre en el régimen de transición, pues se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado; y que es carga de los fondos privados acreditar que cumplieron con el deber de información, pues se trata de una negación indefinida.

Indicó que el actor no es beneficiario del régimen de transición ni acumuló 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo; que no obra prueba de que al demandante se le hubiera brindado información veraz, clara, completa, y precisa, por parte de PORVENIR S.A. al momento de efectuarse el traslado de régimen; que es insuficiente para tener por acreditado el deber de información la suscripción del formulario de afiliación conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia; que el demandante al rendir interrogatorio no incurrió en confesión; y que por lo anterior, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiéndose devolver todos los valores que recibió el fondo privado por concepto de afiliación, entre ellos, los gastos de administración, pues estos debieron ingresar el régimen de prima media.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración que es conexas al derecho a la seguridad social, derecho que es de rango constitucional y, por ende, irrenunciable e imprescriptible.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **COLPENSIONES.**

Indicó que el accionante no podía trasladarse de régimen como quiera que, estaba inmerso en la prohibición de migrar de régimen, pues le faltan menos de diez años para cumplir la edad de pensión.

Adujo que el deber de información sólo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que para la época del traslado únicamente se cuenta con el formulario de afiliación para acreditar dicha obligación; que establecer cargas adicionales se constituye en situaciones de carácter imposible; y que en aclaraciones de voto del Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán se pone de presente que el deber del buen consejo, no exime al afiliado del deber de tomar decisiones tan importantes como lo es su futuro pensional.

Finalmente, manifestó que conforme a sentencia C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2010, que un traslado injustificado de personas al régimen de prima media afecta el principio de la sostenibilidad financiera, y pone en riesgo los derechos sociales de los demás afiliados, pues tal situación desfinanciaría el sistema pensional.

##### **PORVENIR S.A.**

Manifestó que para la época del traslado se cumplió con lo establecido en la Ley 100 de 1993 en lo atinente al deber de información, ya que se suscribió el correspondiente formulario de afiliación precedido de información clara, eficaz, veraz, suficiente, para efectos de que el afiliado tomara una decisión informada respecto del régimen pensional al que pretendía pasarse, lo que hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones, por demás que se dio cumplimiento al Decreto 1161 de 1994, al

Decreto 692 de 1994, y al Concepto 2015123910-002 de 2015, en los que se explican los alcances de la asesoría para la época del traslado.

Explicó que del hecho de que no se cumplan unas expectativas no se puede predicar engaño; que sólo a partir de la Circular 016 de 2016 surgió la obligación de conservar soportes documentales de la asesoría que se le dio al afiliado, aunado que para efectuar una proyección pensional intervienen varios factores como su situación laboral, ingresos, sus vínculos sentimentales, lo que para el momento del traslado no arrojaría valores reales más aún si se tiene en cuenta que los aportes y sus rendimientos dependen del mercado financiero; que el deber de utilizar herramientas financieras nació con Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Expuso que el accionante tiene capacidad, conforme al estatuto civil tiene todas las facultades para obligarse; que no se evidencia en el expediente vicios del consentimiento; que el deber de información no exonera al afiliado de conocer el régimen pensional así como tampoco lo sustrae del deber de conocer la ley; que el Decreto 2241 de 2010 establece una serie de obligaciones en cabeza del afiliado como consumidor financiero, debiéndose informar de las condiciones del sistema, sus derechos y obligaciones, se debe tener una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, leer y revisar sus actos; y que el accionante se pudo trasladar en varias ocasiones y aún así no lo hizo.

Expresó que la condena por gastos de administración debidamente indexados afecta el principio de sostenibilidad financiera, ya que acudir a la ineficacia del traslado se ha convertido en un mecanismo para hacer fraude a la regulación legal, toda vez que a través de este se accede al traslado sin limitaciones legales, y sin tener en cuenta los recursos de los fondos; que en ambos regímenes se deben hacer descuentos por

concepto de gastos de administración, pero pretender que cada una lo haga con cargo a sus propios recursos, ocasiona un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que también debe realizar esos descuentos una vez lleguen esos aportes; y que si lo que se pretende es que las cosas retornen a su estado inicial, se deben devolver los rendimientos, toda vez que la gestión realizada tuvo como fin incrementar el capital del actor.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

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



## **VI. CONSIDERACIONES**

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

### **LEGITIMACIÓN DE COLPENSIONES PARA RECIBIR LOS VALORES QUE PUDIEREN PROVENIR DEL FONDO PRIVADO EN CASO DE DECLARSE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Sobre el tópico, encontramos que a folios 31 a 35, obra formato CLEBP que da cuenta que el actor laboró para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 12 de diciembre de 1987, y que en tal fecha estaba afiliado a la Caja de Nacional de Previsión Social- CAJANAL.

Al respecto, es necesario rememorar que el artículo 52 de la ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

**"Artículo 52. Entidades administradoras.** El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria"

En igual sentido, el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones", señala:

Demandante: **EDILBERTO BARRIOS CASTRO.**

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

**"Artículo 1°. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones.** Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán, reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos;

(...) 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores, oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones". (Negrillas por la Sala).

Como se aprecia, las normas referidas asignan la competencia de la administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, y por excepción, prevé que otros entes, tales como las cajas, fondos o entidades, administren el sistema, pero se requiere, fundamentalmente, que éstos cumplan con dos condiciones indispensables:

1. "Subsistan", es decir, que su vida jurídica perdure después de la entrada en vigor del sistema general de pensiones, para que continúen reconociendo y pagando las pensiones.

2. "Administren" el régimen, esto es, que se limiten a cumplir con una de las funciones del mismo, como es solamente la del pago de las mesadas pensionales.

En el caso objeto de análisis, no se presentan estas dos condiciones, pues por una parte, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL no subsistió, pues a través del Decreto 2196 de 2009 se ordenó su supresión y/o liquidación. Asimismo, el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 estableció:

**"Artículo 4°. Del traslado de afiliados.** La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos

sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado". (Negrillas por la Sala).

Así mismo, es necesario aclarar que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, fue el encargado de adelantar las acciones que permitieran garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado de cotizaciones al I.S.S.; y que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, continuó con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP. Al respecto, el inciso 2° del artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, estableció:

"En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de **obligaciones pensionales** y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos **afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio** para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4° del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la **nómina de pensionados**, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007".

En igual sentido, y a partir de la interpretación integral y sistemática de los Decretos 2196 de 2009, 5021 de 2009, 2380 de 2012 y 0575 de 2013, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisiones del 20 de noviembre de 2014, 10 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 08 de junio de 2016, 08 de junio de 2016, 28 de junio de 2016 y 18 de julio de 2016, entre otros, que corresponden en su orden a las radicaciones

Demandante: **EDILBERTO BARRIOS CASTRO.**

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

números 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00, fijó las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES, así

"1. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que al **01 de julio de 2009**, fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009, **ya habían consolidado el derecho a la pensión**, por haber reunido los requisitos de edad y número de semanas o tiempo de servicios exigidos por la ley, siempre que, para entonces, estuvieran afiliadas a CAJANAL EICE.

2. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que, estando afiliadas a CAJANAL EICE **cumplieron el requisito de tiempo de servicios o número de semanas** cotizadas exigido por la ley, y **se retiraron o desafiliaron** del régimen de prima media con prestación definida **antes de la cesación de actividades de la caja, para esperar el cumplimiento de la edad.**

3. En los casos en los que al **01 de julio de 2009** los afiliados se trasladaron de CAJANAL EICE al ISS **sin haber cumplido los requisitos exigidos** por la normatividad aplicable o alguno de ellos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida **compete a COLPENSIONES**, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.

4. En aquellos eventos en que el servidor público se **traslada voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales**, corresponde a dicha entidad (hoy COLPENSIONES), resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento pensional".

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto 1068 de 1995, es claro en determinar que el responsable del pago de pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar es la entidad administradora de pensiones que haya recibido o que le hubiere correspondido recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente. Al punto, dispone la citada norma:

**"Artículo 5°. Efectos de la afiliación.**

(...) Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente".

Por tanto, y dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debió recibir las cotizaciones de la actora, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, escenario que guarda concordancia con la sentencia **SL1582-2021** proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó:

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

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

Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales

circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993”.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

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

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

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

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

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

Demandante: **EDILBERTO BARRIOS CASTRO.**

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

Demandante: **EDILBERTO BARRIOS CASTRO.**

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

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

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

**Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través de CAJANAL E.I.C.E., desde 12 de noviembre de 1987, según formato CLEBP obrante a folios 31 a 35; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 10 de abril de 1997 (fl.149); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 30 de abril y el 03 de mayo de 2018, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por COLPENSIONES (fls. 36 a 38 y expediente administrativo).

A folio 149 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 10 de abril de 1997 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que éste se limitó a exponer que el asesor del fondo privado le brindó una información muy general, pues únicamente le fue manifestado que CAJANAL se iba a acabar, que lo que más le convenía era afiliarse a PORVENIR S.A. por su nivel de ingresos, y que no le explicaron que dichos aportes iban a una cuenta de ahorro individual, así como tampoco que podía acceder a la prestación de forma anticipada, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se allegó hoja de vida del asesor de PORVENIR S.A. que brindó la correspondiente información al accionante, no obstante, de tal documento no se logra extraer ni siquiera que tuviera capacitación y/o conocimientos en regímenes pensionales, de manera que pudiera brindar una asesoría en los términos expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, pues por el contrario lo único que se avizora es que tenía formación profesional como publicista (fls. 198 a 200).

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio del representante legal de PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una *confesión de la parte demandante* resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar *“...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...”* además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser*



Demandante: **EDILBERTO BARRIOS CASTRO.**

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

*depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”*

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Edilberto Barrios Castro del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a la inconformidad de las demandadas apelantes respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes descontados por concepto de gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Al punto, se aclara que es acertada la condena por concepto de indexación de las cuotas de administración, pues ello se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión,

que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Finalmente, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia en su integridad.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Demandante: **EDILBERTO BARRIOS CASTRO.**

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

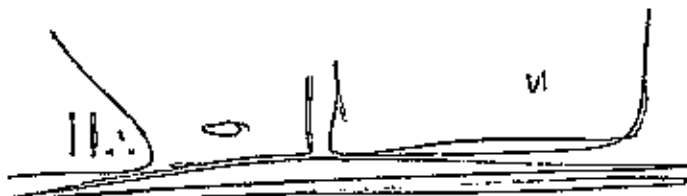
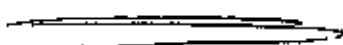
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

  
**DAVID A.J. CORREA STEER**  
*Aclaro Voto!*  


**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA** promoviese contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, y PORVENIR S.A.**

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende que se deje sin efectos la calificación de origen común contenida en el dictamen de calificación N° 39812525 del 05 de julio de 2012 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se establezca que las patologías que padece son de origen profesional, igualmente, que se efectúe un nuevo estudio de la pérdida de capacidad laboral y de la fecha de estructuración; y que en consecuencia, la **A.R.P. SURA (hoy A.R.L. SURA)** reconozca y pague una pensión de invalidez, o en subsidio que sea **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy PORVENIR S.A.)** quien asuma el reconocimiento de tal prestación si se determina que el origen de la invalidez que padece es de origen común.

### **2. HECHOS.**

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: **1)** Estuvo vinculada mediante contrato a término indefinido con **ECOOPSOS E.S.S. E.P.S.S.**, como Promotora D.I.A.P. Extramural, entre el 01 de abril de 2009 y el 30 de septiembre de 2012; **2)** Se encuentra afiliada a seguridad social en riesgos laborales a la A.R.P. SURA, en salud a la E.P.S. COOMEVA, y en pensiones a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS; **3)** El 15 de mayo de 2009 sufrió un accidente de tránsito en una motocicleta de su propiedad cuyo mantenimiento y combustible eran ordenados y sufragados por **ECOOPSOS E.S.S. E.P.S.S.**; **4)** Como consecuencia del anterior accidente fue diagnosticada con las siguientes patologías: *"rectificación de la lordosis fisiológica, retro listeris grado uno L5-S1 sin signos de lisis, osteocondrosis*

*L4-L5I y L5- aseguró, nivel L4- L5 abombamiento discal asimétrico izquierdo con ruptura foraminal del anillo fibroso, extrusión discal migrada inferiormente con localización central y paracentral izquierda con pérdida en los planos que rodea la raíz descendente del S1, estenosis donde también hay contacto sobre la raíz emergente de L5 izquierda, opinión: extrusión discal paracentral izquierda L5- S1 comprensiva sobre la raíz S1 que desciende por el receso lateral y sobre la raíz L5 que emerge por el canal lateral";*

5) En agosto de 2010 fue intervenida quirúrgicamente y posteriormente fue objeto de controles postoperatorios, motivo por el que estuvo incapacitada del 14 de agosto al 15 de noviembre de 2010; 6) El 16 de noviembre de 2010 retornó a sus labores; 7) El 30 de noviembre de 2010 le fue ordenada cita médica con medicina general, en donde se le ordenó diez sesiones de terapia física; 8) En cita médica del 24 de enero de 2011 se ordenó incapacidad hasta el 22 de febrero de 2011, que posteriormente se fue prorrogando hasta el 05 de mayo de 2013; 9) El 20 de septiembre de 2011, **BBVA SEGUROS DE VIDA** emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral, estableciéndose un **42,30%** de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración, 18 de agosto de 2010; 10) El 05 de julio de 2012 fue calificada por parte de la **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** con una pérdida de capacidad laboral del **36,83%**; y 11) El 06 y 15 de agosto de 2013 ingresó por urgencias al Hospital San José de Guaduas, por dolores en su cuerpo, especialmente en la espalda, cefalea, y una infección urinaria.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL.**

### **1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:



Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

**SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.**

(fls. 198 a 203), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de mi mandante, cobro de lo no debido, y prescripción.

No aceptó hechos de la demanda. Expuso que la accionante no tiene reporte por accidente de trabajo, y por el contrario fue dictaminado el origen de sus patologías, como comunes; y que no existe causalidad entre el trabajo y las enfermedades que padece la accionante.

Agregó que las juntas de calificación de invalidez son entidades dotadas de competencia para emitir dictámenes de pérdida de capacidad laboral, por demás que los que se allegaron a juicio, fueron formulados con fundamento en las normas dictadas para el efecto, con base en los procedimientos que la ley dispone, y teniendo en cuenta la historia clínica y estudios médicos efectuados al actor.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 235 a 247), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de la obligación, petición antes de tiempo, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Aceptó que la demandante se encuentra afiliada a **PORVENIR S.A.** desde el 12 de mayo de 2005, y que el 20 de septiembre de 2011 **BEVA SEGUROS DE VIDA** dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 42,30% con fecha de estructuración 18 de agosto de 2010, de origen común.

Indicó que la actora nunca ha solicitado una pensión de invalidez, por lo que no ha tenido oportunidad de conocer la documentación para efectuar el correspondiente estudio prestacional de conformidad con los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993; y que en todo caso, la accionante no cumple con los requisitos legales para acceder a una pensión de invalidez, ya que, no alcanza el 50% de pérdida de capacidad laboral.

Explicó que el accidente fue un suceso repentino acaecido en cumplimiento de órdenes impartidas por el empleador de la actora, por lo que, en ese entendido se podría establecer que el origen de las patologías es laboral; y que por lo anterior, las prestaciones económicas estarían a cargo de la administradora de riesgos laborales a la que pertenece la accionante.

Finalmente, señaló que de ser condenado a pagar una pensión de invalidez, quienes deben asumir tal prestación son **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, entidades con las que contrató los correspondientes seguros previsionales de invalidez y muerte.

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (fls. 284 a 320) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó 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, improcedencia de la interpretación en favorabilidad respecto a la calificación médica ocupacional: inexistencia de conflicto normativo, inexistencia de la relación causal entre las condiciones clínicas diagnosticadas y la actividad remunerada, inexistencia de la obligación: improcedencia de las pretensiones- competencia del juez laboral, buena fe, y la genérica.

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

Aceptó que la actora se encontraba afiliada a la **A.R.L. SURA**; que el 20 de septiembre de 2011, **BBVA SEGUROS DE VIDA** calificó una pérdida de capacidad laboral del 42,30%, con fecha de estructuración del 18 de agosto de 2010, de origen común; y que calificó la pérdida laboral de la actora el 05 de julio de 2012, otorgando una pérdida de capacidad laboral del 36,83%.

Señaló que es un organismo competente para calificar el origen de contingencias; que para considerar que el siniestro que padeció la accionante es de origen laboral, es necesario que se trate de un suceso repentino, que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que se genere un daño; y que no se cumplen las anteriores condiciones, como quiera que es la misma actora la que manifiesta que lo que padeció fue un accidente de tránsito en una motocicleta particular de su propiedad.

Agregó que no existe ningún reporte por parte del empleador ni historia clínica de la fecha del supuesto accidente que permita inferir las circunstancias en que acaeció tal suceso; no obra reporte de autoridad de policía de tránsito ni registro de atención SOAT; que no se aportaron recibos suministrados por el empleador (recibos, viáticos, rodamiento, planillas, bitácoras, etc); que no acudió ningún testigo que diera cuenta que al momento del accidente, la accionante estaba en situación de subordinación; que lo único que existe es una nota suscrita por médico particular, no obstante, no se hace alusión a que el siniestro fue consecuencia de un accidente de trabajo; y que la actora consultó por dolor lumbar el 18 de mayo de 2009, pero no existe ninguna otra consulta ni atención sino hasta más de un año después.

Para terminar, manifestó que la anterior información permite descartar de plano que no se presentó un traumatismo de consideración, golpe con objeto, aplastamiento, carga axial, etc, en concreto, la actora sólo presentó una contusión que produjo un lumbago agudo, cuya reaparición se dio un año después y que obedece a un daño degenerativo subyacente que no había sido diagnosticado; que existe evidencia de un proceso artrósico tanto lumbar como cervical, extensivo probablemente a un proceso degenerativo generalizado a nivel poliarticular, el que por su propia definición no se genera por un evento agudo; y que las características de la evolución de las condiciones clínicas de la accionante fueron evaluadas en Neurocirugía el 24 de enero de 2011, en donde se estableció que no existía evidencia suficiente que permitía establecer el nexo causal con un accidente de trabajo.

Finalmente, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (fls. 438 a 448), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva (demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca), y la genérica.

Aceptó que el 20 de septiembre de 2011, **BBVA SEGUROS DE VIDA** calificó una pérdida de capacidad laboral del 42,30%, con fecha de estructuración del 18 de agosto de 2020, de origen común.

Afirmó que para efectuar el dictamen tuvo en cuenta que la accionante refirió: que en agosto de 2009 sufrió un accidente de tránsito, mientras se desplazaba en su moto entre las veredas donde desempeña sus funciones laborales; que sufrió múltiples laceraciones y contusiones; que fue llevada al Hospital San José de Guaduas, ingresando por urgencias, empero que le negaron su

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

atención; y que se automedicó y esperó al día siguiente para reportar el evento, no obstante que su empleador no efectuó el reporte correspondiente.

Agregó que en agosto de 2010 la actora comenzó a presentar una sintomatología radicular en miembros inferiores, acudiendo en diversas oportunidades a su E.P.S.; que fue hospitalizada el 18 de agosto de 2010 por neurocirugía ante la evidencia de una hernia discal con compromiso neurológico por compresión radicular; y que en concepto del 24 de enero de 2011, se estableció que no existía evidencia que permitiera establecer el nexo causal de su patología con un accidente de trabajo, por la falta de soportes documentales de tal siniestro así como la falta de sintomatología entre mayo de 2009 y agosto de 2010.

## **2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

**PORVENIR S.A.** efectuó llamamiento en garantía a **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.** (fls. 270 a 272), quien se opuso tanto a las pretensiones de la demanda, como del llamamiento en garantía.

En defensa contra la demanda, propuso como excepciones de mérito las que denominó, las excepciones planteadas por la entidad que efectúa el llamamiento en garantía a mi procurada, inexistencia de la obligación a cargo de la administradora de fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.** y por ende **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, la demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez de origen común, prescripción, y la innominada y genérica.

En cuanto a la defensa contra el llamamiento en garantía, propuso como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación principal de otorgar el derecho pensional y por tal eventual obligación accesoria de asumir la suma adicional para financiar el mencionado derecho prestacional, ausencia de cobertura, ausencia de cobertura de riesgo judicial, marcos de los amparos y alcance contractual del asegurador, inexistencia de obligación, falta de cobertura frente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, enriquecimiento sin causa, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, y la genérica o innominada.

Aceptó que BBVA SEGUROS DE VIDA calificó a la actora otorgándole una pérdida de capacidad laboral del 42,30%, con fecha de estructuración 18 de octubre de 2010, de origen común; y que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ otorgó a la demandante un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 36,86%.

Indicó que la demandante no presenta una condición de invalidez que le permita acceder a una pensión de invalidez, y que no se encuentra obligada a cubrir la suma adicional para la pensión de invalidez, toda vez que, mientras no se configure la exigibilidad del derecho prestacional por una invalidez igual o superior al 50%, no nace a la vida jurídica; que si bien la póliza seguro estaba vigente para el momento del accidente de la actora, 15 de mayo de 2009, subsistió hasta el 31 de diciembre de 2009, por lo que únicamente estaría eventualmente a pagar las sumas que se requieran para completar el saldo necesario de la cuenta del afiliado.

Igualmente, **PORVENIR S.A.** efectuó llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fls. 401 a

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

413), quien se opuso tanto a las pretensiones de la demanda, como del llamamiento en garantía, proponiendo como excepciones de mérito las de falta requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, prescripción, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Indicó que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, ya que, presenta una pérdida de capacidad laboral del 36,83%, debiendo alcanzar para lograr la prestación pensional un 50%.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que si bien la actora adujo en su demanda que en mayo de 2009 tuvo un compromiso de miembros inferiores como consecuencia de un accidente de tránsito en ejercicio de sus funciones laborales, no existe documental que soporte tal afirmación, por el contrario obra dictamen proferido por **BBVA SEGUROS DE VIDA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, en la que se establece que el origen de las patologías de la actora **es común**.

Indicó que por lo anterior no se cumplen las condiciones para considerar que se está frente a un accidente de trabajo, por lo que no puede establecerse ningún tipo de responsabilidad en cabeza de la administradora de riesgos laborales; y que aunado a lo anterior de estudio integral del acervo probatorio, no se logra determinar que el origen de la patología de la actora sea laboral,

y que sobrepase el 42,30% que estableció en su momento BBVA SEGUROS DE VIDA; que en todo caso, el despacho con el fin de determinar si los dictámenes proferidos por las entidades de seguridad social se encontraban ajustadas a derecho, se decretó de oficio dictamen ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, quien reiteró que el origen de la enfermedad era común y estableció una pérdida de capacidad laboral de 31,08% con fecha de estructuración 25 de abril de 2011.

Concluyó expresando que dentro del expediente no se presentan circunstancias que permitan establecer que está frente a un padecimiento crónico para determinar que el dictamen debió tener un porcentaje de pérdida de capacidad laboral mayor.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

##### **PARTE ACTORA.**

Manifestó que de la historia clínica, las prescripciones médicas, y las cirugías de la actora, no resultan claras las secuelas que presenta la accionante como producto de todas las patologías, ya que cuenta con 45 años de edad, cada vez que busca trabajo la desechan por su condición de salud; que de los dictámenes se logra extraer que las enfermedades que presenta no son curables, aunado a que ésta sufre dolores, y ha necesitado ayuda por parte de psicólogo para poder sobrellevar su situación; y que no obra en el plenario concepto de rehabilitación.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.



Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SUR, Y PORVENIR S.A.**

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, PORVENIR S.A., BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., para ratificar sus argumentos.

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar, si es dable dejar sin efecto el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 05 de julio de 2012, en el que se dispuso que las patologías que padece la actora son de origen común y un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 36,83%.

### **DE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

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

*fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”.*

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

*“Los dictámenes que emitan las juntas de calificación, deben contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión. Así pues, el artículo 9° del decreto 2463 de 2001 consagra los fundamentos de hecho y de derecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración de la misma. Así pues, indica que los fundamentos de hechos son todos “aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio” y que los fundamentos de derechos son “todas las normas que se aplican al caso de que se trate”. (Subrayado fuera de texto)*

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

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

administradoras competentes, como aquellas que puedan ser requeridas por las juntas de calificación de invalidez.

Así mismo, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones. Por su parte, el artículo 14 del Decreto 2463 de 2001 señala que deben "emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidez o del aspirante a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada calificación". (Subrayado fuera de texto)

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

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SUR, Y PORVENIR S.A.**

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

En ese sentido, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez corresponden a un concepto técnico y científico sobre la valoración completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, a través del cual, se evalúa el daño sufrido y las consecuencias que emanan del mismo, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13545-2014:

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

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

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SUR, Y PORVENIR S.A.**

estudian las estructuras utilizadas para producir el desempleo ocupacional.

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

Allí se incorporan los criterios de **deficiencia** como *«toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano»*; **discapacidad** *toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona»*; y **minusvalía** como *«toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno»*. La anterior reseña es indispensable para concluir la equivocación del Tribunal al restarle eficacia al dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez, fundado en que la actual medición es cuantitativa y no cualitativa, pues como se anotó en ambos modelos la evaluación del daño sufrido por el accidente de trabajo y las consecuencias que del mismo emanan, se nutren de diversos componentes”.

Por otra parte, no sobra recordar que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, según el artículo 40 del

Decreto 2463 de 2001 deben ser “dirimidas por la justicia ordinaria laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente”. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 19 de octubre de 2006, Rad. 29622, y SL5280-2018, dispuso:

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

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

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

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

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

***De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez se determina, en primera oportunidad, por las entidades de seguridad social y las juntas de calificación de invalidez, conforme al manual único para la calificación vigente al momento***

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SUR, Y PORVENIR S.A.**

*de su práctica -decretos 917 de 1999 o 1507 de 2014, según el caso (...).*

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

En similar sentido en sentencia SL3992-2019, indicó:

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

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

## **DEL CASO EN CONCRETO**

### **De lo probado en el proceso:**

- i) Ruth Yadila Ávila Rivera trabajó para ECOOPSOS E.S.S. E.P.S.-S, entre el 01 de abril de 2009 y el 30 de septiembre de 2012, desempeñando el cargo de Promotor de DIAP (fl. 49).

- ii) Del 03 de julio de 2009 al 20 de abril de 2010 acudió a la E.S.E. Hospital San José de Guaduas, historia clínica en la que se reseñaron arios episodios de infecciones urinarias (fls. 79 a 93).
- iii) El 10 de mayo de 2010 acudió nuevamente a la E.S.E. Hospital San José de Guaduas, en donde se señaló que presentaba un lumbago no especificado, y dolor en articulación (fl. 94).
- iv) Desde el 13 de agosto de 2010 se hace alusión a diagnósticos relacionados a lumbagos con ciática, trastornos de discos lumbares, radiculopatía, limitación para la movilización de la cadera, dolor radicular en pierna izquierda, y padecimientos similares (fls. 104 a 188, 483 a 521, y medio óptico de folio 329).
- v) El 30 de noviembre de 2010, la actora rindió versión libre ante COOMEVA E.P.S. en la que señaló que sufrió un accidente mientras se encontraba trabajando, concretamente haciendo seguimiento a gestantes e hipertensos (fl. 76).
- vi) El 20 de septiembre de 2011, **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA**, profirió dictamen en el que estableció una pérdida de capacidad laboral del 42,30%, con fecha de estructuración del 18 de agosto de 2010, de origen común (fl.24). El anterior estudio técnico tuvo como fundamentos clínicos que en el mes mayo de 2009, la actora sufrió un trauma con compromiso de miembros superiores e inferiores; que posterior a tal evento, se estableció la existencia de una lumbociática postraumática; que en agosto de 2010 presentó una sintomatología radicular en miembros inferiores con seis meses de evolución; que en marzo de 2011 se confirma una enfermedad degenerativa discal degenerativa L4-L5; y que no es



Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

dable establecer que el origen sea profesional, por cuanto se carece de documentación (fls. 58 a 60).

- vii) El 12 de diciembre de 2011, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, calificó las patologías de la actora, síndrome vertebral doloroso crónico cervical, síndrome vertebral doloroso crónico lumbar, restricción articular de columna lumbar u artrodesis L4-S1, y radiculopatía S1 izquierda, con una pérdida de capacidad laboral del **36,86%, de origen común**. Dicha junta tuvo como fundamento los dictámenes emitidos por COOMEVA E.P.S., y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA; reiteró que los exámenes clínicos que tuvo en cuenta en su dictamen BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA, y que no obra documentación que permita establecer que se está frente a un evento de índole laboral; y agrega que el accidente de tránsito que sufrió la actora fue reportado a la E.P.S. mediante versión libre y juramentada, no existe prueba adicional del evento (medio óptico de folio 329).
- viii) El 05 de julio de 2012, se calificaron las patologías de la actora, por parte de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, quien confirmó el porcentaje asignado por la Junta Regional del 36,86%, determinado un origen común y una fecha de estructuración del 18 de agosto de 2010.. Dicha junta tuvo como fundamento los dictámenes emitidos por COOMEVA E.P.S., BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA, y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ; reitera que los exámenes clínicos que tuvo en cuenta en su dictamen BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA, y confirma la decisión de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE

INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, en su integridad (fls. 61 a 65).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, a la Sala no le queda más que concluir que, las enfermedades que padece la accionante son en realidad de origen común, pues en el plenario no existe indicio alguno de que ellas hayan acontecido con causa o con ocasión del trabajo, supuesto *sine qua non* para asignar un origen de tipo profesional a las mismas. Es claro que no se logró acreditar un nexo causal entre el supuesto el accidente de tránsito que sufrió la demandante en mayo de 2009 (no hay historia clínica alguna que documente tal evento) y las patologías que empezó a padecer tiempo después del presunto accidente, advirtiendo que de manera alguna se probó que el mismo, de haber ocurrido, se hubiese dado en el marco de una relación de trabajo, y el hecho aparente advertido en la demanda – porque tampoco se probó – de que el empleador asumiera los gastos de “mantenimiento y combustible”, tampoco es indicativo en alguna forma de encontrarse ante un evento de origen profesional.

Igualmente, es menester recordar que en virtud de la fecha de los hechos, y en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 9° del Decreto 1295 de 1994, y hasta la expedición de la Ley 1562 de 2012, debía acudirse a la definición de accidente de trabajo prevista en la Decisión 584 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, conforme criterio de la H. Corte Constitucional en sentencia C-858-2006, y de la Sala de Casación Laboral (sentencia CSJ SL654-2018). Así, la Sala se remite al literal n) del artículo 1° de la Decisión 584 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, que establece:

**“n) Accidente de trabajo:** Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.**

accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa”.

De esta manera, tenemos que para que configure un accidente laboral debe existir un suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, así como aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, no obstante, le asiste razón a las juntas de calificación de invalidez en cuanto a que el proceso se encuentra huérfano de prueba en tal sentido, pues únicamente encontramos la misma versión libre que fue efectuada por la accionante, así como la declaración extraprocesal de Miriam del Socorro Castro, la que a juicio de la Sala no resulta lo suficientemente certera, fehaciente y fidedigna para establecer la existencia de un contrato de trabajo, pues se trata de una testigo indirecto, nótese que no presenció el accidente, basa su dicho en lo que le comentó la misma accionante, y no acudió con la demandante al hospital.

En efecto, la señora **Miriam del Socorro Castro** expuso que trabajó con la accionante en **ECOOPSOS E.P.S.**, desde el 01 de abril de 2009; que la actora se encontraba haciendo una visita domiciliaria de seguimiento a personas con hipertensión, diabetes, y gestantes, en la vereda Hatillo, San Joaquín y Palmarcito; que la demandante a las 7:00 P.M. acudió a su casa junto con un familiar, Antonio Ávila, y al verla en el estado que se encontraba le señaló que debía acudir al hospital; que la actora acudió con Antonio Ávila pero no logró atención médica; y que en las horas de la mañana se presentó la demandante a las instalaciones de su empleador, y le informaron que se fuera inmediatamente para urgencias, y que ellos harían los trámites correspondientes, no obstante, no fue atendida por su I.P.S. por falta de documentación.

En tales condiciones, no considera la Sala que las patologías de la actora puedan ser calificadas como de origen laboral, más aún cuando en el proceso obran cuatro dictámenes proferidos por entidades de seguridad social y las juntas de calificación de invalidez, en las que se reitera la orfandad probatoria acerca del presunto accidente de tránsito que padeció la accionante, por demás que en el dictamen del 13 de marzo de 2020 proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA se logra extraer que las patologías de la accionante deben tener un origen en la exposición a carga física laboral alta a nivel de columna cervical o tronco, posturas incómodas por fuera de ángulos de confort, movimientos repetitivos a nivel del cuello y tronco, ni la temporalidad para establecer que tiene un nexo causal con un trauma acumulativo a nivel cervical.

Por otra parte, y en relación con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ciertamente las entidades calificadoras han establecido diversos porcentajes pero con la connotación de que el valor ha ido decreciendo, nótese como en el dictamen de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 42,30%, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ fijaron un 36,86%, y en el nuevo dictamen proferido por la JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 13 de marzo de 2020, en cumplimiento de la orden impartida por el juez de conocimiento de que se efectuara un nuevo dictamen, en el que estableció que por las patologías que presentaba la actora, su pérdida de capacidad laboral ascendía al 31,08%, con fecha de estructuración 31,08%, de origen común (medio óptico de folio 590). De esta manera, no encuentra la Sala elementos probatorios con los que se pueda

Demandante: **RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SUR, Y PORVENIR S.A.**

establecer que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la accionante es del 50%, puesto que lo máximo que se logró valorar fue un 42,30%.

Aunado a lo anterior, no se evidencia omisión o yerro en que hubiere podido incurrir las entidades calificadoras, pues por el contrario, se denota que tuvieron en cuenta para fundamentar su decisión la correspondiente historia clínica de la actora, le efectuaron valoraciones clínicas, y llevaron a cabo la respectiva su valoración a través de terapeuta ocupacional, para determinar su condición de salud. Además, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ fundamentó su decisión en la normatividad que rige la materia, Ley 100 de 1993, Decreto 2566 de 2009, Decreto 917 de 1999, y Decreto 2463 de 2001.

Así mismo, no encuentra la Sala que la parte actora al momento de efectuarse la nueva valoración por parte del equipo interdisciplinario de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el día 14 de enero de 2020, hubiese informado de prescripciones médicas, cirugías posteriores, y consultas psicológicas, con las que el aludido equipo médico hubiera podido establecer secuelas o eventos adicionales, que hubiesen podido incrementar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se dictaminó, de manera que las pretensiones incoadas con la demanda resultan infructuosas.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Demandante: RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SURA, Y PORVENIR S.A.

### VIII. DECISIÓN

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

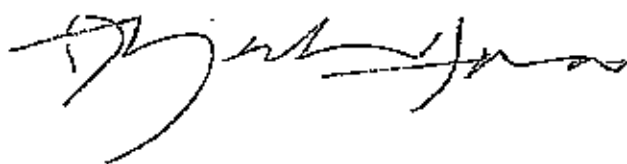
### **R E S U E L V E**

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2014-00278 -01

Demandante: RUTH YANIRA ÁVILA RIVERA.

Demandado: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, A.R.L. SUR, Y PORVENIR S.A.

### AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ESTHER ALFONSO RODRÍGUEZ** promoviese contra **ALEXANDER ROJAS OLAYA y JESÚS ENRIQUE ALARCÓN**.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del



15 de mayo al 13 de julio de 2015 entre Nicolas Elías Farfán Alfonso y los demandados. Como consecuencia de lo anterior, se solicita la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por causa del accidente de trabajo atribuible a los empleadores, por no brindarse condiciones de seguridad al trabajador y no pagarse los aportes a seguridad social; cesantías; intereses a las cesantías; indemnización moratoria; pensión de sobreviviente en su condición de dependiente del trabajador fallecido; e indemnización por muerte del trabajador fallecido.

## **2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: 1) Nicolas Elías Farfán Alfonso prestó sus servicios personales en calidad de Ayudante de Construcción en la obra que adelantaron los demandados en la Calle 7 A N° 3-40 sur; 2) Nicolas Elías Farfán Alfonso, laboró hasta el 13 de julio de 2015, día en el que falleció como consecuencia de un accidente de trabajo; 3) Nicolas Elías Farfán Alfonso cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 5:00 P.M., y los sábados, de 7:00 A.M. a 12:00 M ; 4) Nicolas Elías Farfán Alfonso devengaba \$800.000; 5) A Nicolas Elías Farfán Alfonso nunca le pagaron cesantías, así como tampoco lo afiliaron a seguridad social; 6) Se ha requerido en diversas ocasiones a los demandados; y 7) Dependía económicamente de su hijo, Nicolas Elías Farfán Alfonso.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL.**

**ALEXANDER ROJAS OLAYA** (fls.31 a 35), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó carencia de causalidad en la activa como pasiva, inexistencia de la relación laboral demandada, y la innominada o genérica.

No aceptó ningún hecho de la demanda. En relación con éstos expuso que nada tiene que ver con el predio de la Calle 7 A N° 3-40 sur; que la persona que contrataba directamente los servicios de obra era JESÚS ENRIQUE ALARCÓN; y que nunca contrató los servicios del demandante.

**JESÚS ENRIQUE ALARCÓN** (fls.57 a 61), contestó a través de Curador Ad Litem, quien expuso que se atenia a lo que se probara en el proceso; propuso las excepciones de mérito que denominó carencia de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la relación laboral y/o contractual.

Manifestó que no le constaba ningún hecho de la demanda. Expresó que con las piezas procesales obrantes no se acredita ningún tipo de relación laboral, y que en todo caso los hechos de la demanda debían acreditarse en debida forma.

### **III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió el A Quo, que del análisis integral del material probatorio se logra establecer que **NICOLÁS ELÍAS FARFÁN ALFONSO** prestó unos servicios a favor de **JESÚS ENRIQUE ALARCÓN**, pero no hay certeza acerca de los extremos temporales, los términos de tal contratación, y la obra en la que se ejecutaban los servicios; y que el plenario se encuentra huérfano de prueba para poder establecer el extremo inicial de la relación laboral.

Agregó que no se logra establecer que el accidente del trabajador hubiese ocurrido al servicio de alguno de los demandados, pues de la prueba testimonial se logra extraer que

el siniestro ocurrió en otra obra diferente a la que se estaba realizando a favor del codemandado ALEXANDER ROJAS OLAYA.

#### **IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual no fue utilizado por los apoderados de éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por el juez de primer grado.

#### **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si se encuentra acreditado la existencia de un contrato de trabajo y en particular, sus extremos temporales.

##### **DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LOS EXTREMOS TEMPORALES.**

##### **De la existencia de un contrato de trabajo**

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los

elementos característicos de un contrato de trabajo<sup>1</sup>, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo<sup>2</sup> y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre muchas otras.

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> Artículo 23 C.S.T.

<sup>2</sup> Artículo 24 ídem.

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

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

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

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

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

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

En similar sentido, esta Corte en sentencia CSJ SL, 22 ago. 2008, rad. 38182, expresó:

No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.

Y en la CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768, dijo:

No obstante, lo anterior no implica que los jueces estén impedidos para decidir por debajo de lo pedido, ni ello tampoco desconoce el imperioso mandato del artículo 305 del C. P. C., de modo que cuando las partes logran probar menos de lo pretendido, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado, pero sin salirse dentro de los extremos inicialmente fijados, debiendo en consecuencia denegar lo demás, caso en el cual decisión es minus petita.

Los extremos de la litis no cambian cuando se demuestre un tiempo de servicios inferior al que se alegó en la demanda” (Subrayado y Negrillas por la Sala).

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

No existe controversia frente a los hechos relativos al nacimiento y fallecimiento del señor Nicolás Elías Farfán Alfonso el 09 de mayo de 1993, y el 13 de julio de 2015 respectivamente, así como que el causante era hijo de la demandante señora María Esther Alfonso Rodríguez (fl.3 y 4).

Al juicio, además comparecieron a rendir testimonio, los señores **José Antonio Guevara y Wilson Ricardo Duarte Parra**. El primero, informó que no conoció a Nicolás Elías Farfán Alfonso, que lo vio una que otra vez, en la obra del señor **Alexander Rojas** (que estaba ubicada en la calle 7 A sur 3-20)

porque vivía en la calle 7 A sur 3-28; que conoció a Alexander Rojas cuando llegó a comprar el lote y se presentó con los vecinos; que trabajó con Alexander Rojas para los acabados de su edificio, momento para el cual ya la obra estaba terminada; que Nicolás Farfán se hospedaba al lado de su casa, lo veía almorzando y desayunando; que el señor **Jesús Enrique Alarcón** era el contratista de la obra de Alexander Rojas; que desconoce qué labores hacía Nicolás Farfán; que no sabe quién contrató a Nicolás Farfán, quién le pagaba, cuánto le pagaban, ni la duración de la obra; que el día del accidente de Nicolás Farfán, se encontraba en su casa haciendo un trabajo, y que él paso por el frente, lo saludó, y siguió su camino, y luego le dijeron que se accidentó y que necesitaban un carro, de manera que lo subieron al suyo junto con el señor Jesús Enrique Alarcón y el señor Claudio (sic), el dueño de la casa del accidente, y se fueron al Hospital de San Blas; que no fue testigo del accidente; que supo del accidente porque le contaron que el exánime entró a la casa, que hubo un deslizamiento, y se le cayó un pedazo del terreno; y que el lugar del accidente no fue el predio de Alexander Rojas.

Por su parte, el señor Wilson Ricardo Duarte Parra, señaló que conoció a Alexander Rojas porque le recomendaron trabajar con él, que eso fue en el 2012; que a Jesús Alarcón lo conoció en una obra, por ese tiempo, cerca del 2012, él era maestro de construcción; que en la obra de Alexander Rojas estuvo como obrero, pero que a él le pagaba directamente el señor Alexander Rojas, mientras que el señor Jesús Alarcón tenía su propia gente; que en la obra se llamaba por sobrenombres, y que creía que Nicolás Farfán era "chimuco"; que creía que a Nicolás le pagaba el señor Jesús Alarcón, que él era quien se hacía responsable de él; que lo que le ocurrió a Nicolás Farfán fue un accidente, estando en otra obra; que para el tiempo del siniestro cuidaba la obra; que Alexander Rojas le decía el horario en que debía estar recibiendo y cerrar el predio, y para ese día del accidente, Nicolás Farfán ya había salido y terminado su jornada; que no sabe cómo fue el accidente, que le contaron que el maestro Jesús Alarcón

también estaba en otro contrato, pero que no sabía si tenía a Nicolás Farfán en ambas obras; que Nicolás Farfán cumplía un horario que le tenía el señor Jesús Alarcón; y que el dueño de la obra y el lugar donde él cuidaba era de Alexander Rojas.

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, advierte la Sala que aparece demostrado el elemento de la prestación personal de un servicio de Nicolás Elías Farfán Alfonso a favor de Jesús Enrique Alarcón; que tal servicio se prestó con ocasión a una obra que se estaba realizando en el predio ubicado en la calle 7 A sur 3-20, de propiedad de Alexander Rojas Olaya; y que inclusive el exánime estaba sometido a un horario de trabajo impuesto por Jesús Enrique Alarcón. No obstante, le asiste razón al A Quo en cuanto a que no aparecen acreditados los extremos temporales, pues en efecto, se carece de elementos probatorios para establecerlos, ya que, por una parte, el señor José Antonio Guevara no hace alusión a fechas y, por otra parte, el señor Wilson Ricardo Duarte Parra habla de hechos que dentro de su punto de vista acaecieron en 2012, fecha muy distinta a la que se pretende se declare, mayo a julio de 2015.

Por otra parte, la Sala no observa que el señor Alexander Rojas Olaya hubiera incurrido en algún tipo de confesión, pues por el contrario su declaración estuvo encaminada a señalar que Nicolás Farfán eran empleado de Jesús Alarcón; que lo conoció entre 2014 y 2016; que la obra contratada fue la de la calle 7 A sur 3-20; que el señor Jesús Alarcón era quien contrataba su personal para realizar la obra; que Jesús Alarcón fue quien estableció un horario de trabajo a sus trabajadores, que era de 8:00 A.M. a 5 P.M. de lunes a viernes, y el sábado era de 8 A.M. a 12:00 M; que Nicolás Farfán no murió estando en la obra de la calle 7 A sur 3-20, sino en la calle 7 A sur 3-29, predio de propiedad del señor Claudio García; que Nicolás Farfán falleció fuera de su obra y después del horario de salida; y que él únicamente le pagaba al señor Jesús Alarcón y que éste era quien le pagaba a sus trabajadores.



Ahora bien. Sabido es que, conforme la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, acreditada la prestación personal del servicio, si los extremos temporales del vínculo no aparecen acreditados de forma contundente, es deber del juez efectuar el ejercicio pertinente para determinar, si con el material probatorio los mismos pueden establecerse por lo menos de forma aproximada. (Ver la **SL5595-2019**)

Sin embargo, en la revisión exhaustiva del material probatorio recaudado considera la Sala que con el mismo no es posible establecer los extremos temporales de la relación laboral, ni se pueden inferir los tiempos en que Nicolás Elías Farfán Alfonso prestó sus servicios a favor de Jesús Enrique Alarcón, especialmente el extremo temporal inicial, por lo que en tal sentido los razonamientos utilizados por el A Quo resultan ajustados a derecho.

Así mismo, y si en gracia de discusión se tuviera en cuenta la existencia demostrada de una relación laboral y sus extremos temporales, debe advertirse que no habría lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, al resultar improcedente el reconocimiento de tal condena, toda vez que el finiquito contractual tuvo origen en una causa legal, como lo sería la muerte del trabajador, conforme a lo previsto en el literal a) del numeral 1° del artículo 61 del C.S.T., subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia enseñó en sentencia SL983-2021:

“En cuanto a la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo pretendida, la misma debe despacharse desfavorablemente, toda vez que el finiquito contractual tuvo origen en una causa legal, no imputable al empleador, como fue la muerte del trabajador, conforme a lo previsto en el literal a) del numeral 1° del artículo 61 del CST, subrogado por el 5° de la Ley 50/90”.

En lo atinente a la responsabilidad del presunto empleador en el accidente del que fue víctima el trabajador, el artículo 216 del C.S.T. consagra la indemnización plena de perjuicios con ocasión de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que sufra el trabajador, en los siguientes términos:

**“ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”.

De esta manera, es claro que a diferencia de las prestaciones económicas otorgadas por las A.R.L., este tipo de indemnización entraña un elemento esencial de constitución, que es la demostración de la responsabilidad subjetiva del empleador en la ocurrencia del in suceso.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, ha adocinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019).

En cuanto a la carga de la prueba, la misma corporación, ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta. No obstante, ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa

al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (SL13653-2015, SL7181-2015, SL7056-2016, SL12707-2017, SL2206-2019, SL2168-2019, SL5154-2020).

Pues bien, en el sub examine, no se alega en la demanda, ni se puede deducir de algún hecho narrado, que el accidente del que fue víctima el señor Nicolás Elías Farfán Alfonso hubiese sido causado por negligencia incumplimiento de los deberes de prevención, cuidado y diligencia, del empleador, tampoco se logró acreditar que el siniestro hubiese acontecido por culpa suficientemente comprobada de éste, ya que conforme a los testimonios referidos, esto es, los de José Antonio Guevara y Wilson Ricardo Duarte Parra, el in suceso acaeció por fuera de la obra que se adelantaba para Alexander Rojas Olaya, y desconocen si tales servicios se prestaron con ocasión de algún tipo de relación contractual que Nicolás Elías Farfán Alfonso sostuvo con Jesús Enrique Alarcón.

Finalmente, tampoco habría lugar a reconocer **pensión de sobrevivientes** a favor de María Esther Alfonso Rodríguez por el fallecimiento de su hijo, Nicolás Elías Farfán Alfonso, pues brilla por su ausencia prueba que de cuenta que dependía económicamente de su descendiente, recuérdese que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dicho requisito es indispensable para ser acreedor a la prestación pensional:

**“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...) d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;"

Por las razones anteriormente expuestas, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

#### **VI. COSTAS**

Sin costas en esta instancia.

#### **VII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

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

**SEGUNDO. - Sin costas** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Demandante: **MARÍA ESTHER ALFONSO RODRÍGUEZ.**

Demandado: **ALEXANDER ROJAS OLAYA Y JESÚS ENRIQUE ALARCÓN.**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas de las demandadas, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **JAEL GARCÍA CUELLAR** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. HECHOS.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la ineficacia que realizó del Régimen de Prima Media

al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se tenga como única afiliación válida la realizada por la accionante a COLPENSIONES, que PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de los valores que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, y que COLPENSIONES reciba los valores trasladados por PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 50 a 64), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expuso que se debe presumir que el traslado de régimen de la actora se realizó con su plena voluntad, ya que por voluntad propia solicitó su afiliación al régimen de ahorro individual, y suscribió el correspondiente formulario de afiliación, el cual cumple con los requisitos del numeral 11 del Decreto 692 de 1994; y que la obligación de efectuar proyecciones pensionales al momento de efectuar la asesoría del traslado de régimen nació con el Decreto 2071 de 2015.

Adujo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía al 01 de abril de 1994 más de 15 años de servicios prestados para que pudiera trasladarse al régimen de

prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

Indicó que el fondo privado no sólo debe trasladar los aportes realizados sino que también el bono pensional, en el que se incluya el saldo de la cuenta individual y los rendimientos.

Explicó que el error de derecho no vicia el consentimiento; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., ya que, ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión.

En último término, señaló que operó la prescripción, dado que el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C. es de cuatro años.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 101 a 118) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Indicó que en cabeza de todas las personas está la obligación de conocer la ley, puesto que la ignoración de la ley no sirve de excusa; que es deber de las administradoras de pensiones aceptar a los afiliados; que la actora suscribió el correspondiente formulario de afiliación, el que cumplió los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; y que es deber de los afiliados estar completamente informados, quienes gozan de múltiples herramientas para conocer las consecuencias de su traslado.

Adujo que la actora únicamente se preocupó por su situación pensional cuando ya estaba inmersa dentro de la



prohibición legal de traslado, esto es, dentro de los diez años anteriores al cumplimiento de la edad.

Manifestó que para la época del traslado, el Decreto 3466 de 1982 únicamente establecía la obligación de entregar una información veraz y suficiente al afiliado, más no debía brindar una asesoría, dar un buen consejo, ni mucho menos efectuar una doble asesoría o realizar proyecciones pensionales; que conforme a la Superintendencia Financiera, Concepto 2017056668 del 12 de junio de 2017, la obligatoriedad de la asesoría nació con el Decreto 2241 de 2010, el deber de brindar herramientas financieras a los afiliados con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, y la necesidad de conservar soportes documentales con la Circular 016 de 2016.

En último término, explicó que la afiliación de la actora cumplió su objetivo, pues ésta tiene la posibilidad de acceder a una pensión de vejez; que en asunto, no está acreditada incapacidad relativa de la demandante ni lesión enorme, por demás que esta última sólo es aplicable en negocios jurídicos de compraventa; que el error de hecho que se alega no se configuró, dado que la demandante siguió efectuando aportes al fondo privado, inclusive realizó cotizaciones voluntarias; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no está acreditado fuerza o dolo del fondo privado al momento de llevarse a cabo el traslado de régimen; y que es deber de los afiliados como consumidores financieros informarse de las condiciones del sistema de seguridad social.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 07 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

Demandante: **JAEL GARCÍA CUELLAR.**

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

**PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES** de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO. - DECLARAR** que el traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

**TERCERO. - DECLARAR** que la actora, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

**CUARTO. - ORDENAR** a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses y rendimientos, tal como lo permite el artículo 1746 del Código Civil, incluyendo rendimientos causados y sin autorizar a PORVENIR S.A., a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por la entidad administradora de fondos de pensiones.

**QUINTO. - ORDENAR A COLPENSIONES** recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectúe PORVENIR S.A., y convalidarlos en su historia laboral.

**SEXTO. - CONDENAR** en costas a las demandadas. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000 M/CTE.

En síntesis, refirió que la accionante no acumula 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 en el régimen de prima media, para que pudiera retornar en cualquier tiempo, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Señaló que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información de necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones y escoger las mejores opciones del mercado; que el estatuto financiero establecía los fondos privados el deber de dar a conocer la mayor de información del funcionamiento de los regímenes pensionales en aras de lograr mayor transparencia, señalándose sus características, sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado; y que la carga de probar que se suministró la información, es del fondo privado.

Adujo que el único documento que da cuenta del traslado de régimen pensional es el formulario de afiliación, no obstante, este únicamente contiene una información general respecto de la futura afiliada sin que se pueda establecer que se le brindó información de las características de los regímenes pensionales, de las modalidades de pensión, de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, los requisitos que debía cumplir para acceder a una pensión, el destino de sus aportes, el papel de los rendimientos, y que se realizó un comparativo de los regímenes pensionales; que recaía en cabeza del asesor del fondo, la especial tarea de establecer la conveniencia de permanecer en CAJANAL o de trasladarse al fondo privado; y que por lo anterior, es dable estimar que la labor del asesor tuvo una función más comercial, que técnica, por demás que del interrogatorio de parte no se logra extraer confesión.

Indicó que ante la declaratoria de la ineficacia de traslado, es obligación del fondo privado devolver todos los valores que recibió como consecuencia de la afiliación de la actora, incluyendo gastos de administración, los que deben ser asumidos por el fondo privado de su propio patrimonio; y que Colpensiones debe recibir los anteriores valores, teniendo la afiliación como válida y sin solución de continuidad.

Concluyó advirtiendo que la ineficacia de traslado es una declaración que es conexas al derecho a la seguridad social y a la pensión, por lo que es imprescriptible.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PORVENIR S.A.**

Manifestó que a la actora se le brindó una asesoría de diez minutos a través de la que se le informó las características generales del régimen de ahorro individual, con base en lo cual,

la actora tomó una decisión libre, voluntaria e informada de pertenecer a este régimen, suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación, el que cumplía con todos los requisitos legales a la fecha del traslado; y que para la época no se estaba frente al deber de asesoría y buen consejo, ni de doble asesoría, por lo que únicamente era necesario brindar la asesoría de manera verbal.

Indicó que la actora efectuó un traslado horizontal a Horizonte Pensiones y Cesantías, por lo que se reiteró el deseo de la accionante de permanecer en el régimen de ahorro individual, lo que se reafirmó al pertenecer a este régimen por más de 23 años; que el presente proceso se instaura únicamente por las diferencias existentes en las mesadas pensionales, no obstante, estas son circunstancias que no era posible predecir al momento del traslado, ya que se han presentado cambios normativos, por lo que no se puede predicar un actuar negligente de parte de ellos; y que conforme al Estatuto Financiero, era deber de la actora, informarse, aprovechar los espacios que le brindaban a los fondos de pensiones para obtener información de su situación pensional, no obstante, es claro el desinterés y la desidia de parte de la actora de acudir a aprovechar tales espacios.

En último término, adujo que los gastos de administración hacen parte del patrimonio del fondo privado, por cuanto se realizaron bajo el imperio de la ley, Ley 100 de 1993, se destinaron al cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte; y que Colpensiones no ha efectuado ninguna gestión para ser beneficiario de los gastos de administración.

#### **COLPENSIONES.**

Expuso que la demandante como consumidora financiera tenía unas obligaciones, tales como informarse adecuadamente, aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema y el derecho y las

obligaciones que le corresponden, no obstante, la accionante en ningún momento se acercó al I.S.S. o a Colpensiones a corroborar la información que se le pudo haber suministrado al momento de efectuar su traslado; y que las comparaciones, requisitos, y proyecciones que echa de menos el Despacho, se pudieron suplir con el actuar que debió desplegar la actora en cumplimiento de su deber de información.

Explicó que según el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, es obligación de Colpensiones aceptar la afiliación de un afiliado; y que la función de desanimar no está consagrada dentro del ordenamiento jurídico, más aún cuando la actora no se encontraba en ninguna de las restricciones legales para efectuar su traslado.

Finalmente, adujo que la accionante realizó un traslado horizontal a Horizonte Pensiones y Cesantías, lo que permite entrever su intención de permanecer al régimen de ahorro individual; y que la actora ha actuado de conformidad con las previsiones de la Ley 100 de 1993, normatividad que no permite recibir afiliados que le falten menos de diez años para cumplir la edad pensional, por lo que no deben imponerse costas.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para reafirmar sus argumentos.

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

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

### **LEGITIMACIÓN DE COLPENSIONES PARA RECIBIR LOS VALORES QUE PUDIEREN PROVENIR DEL FONDO PRIVADO EN CASO DE DECLARSE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Sobre el tópico, encontramos que a folios 17 a 18, obra formato CLEBP que da cuenta que la actora laboró para la Fiscalía General de la Nación desde el 01 de enero de 1993, y que en tal fecha estaba afiliada a la Caja de Nacional de Previsión Social- CAJANAL.

Al respecto, es necesario rememorar que el artículo 52 de la ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

**"Artículo 52. Entidades administradoras.** El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria"

En igual sentido, el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones", señala:

**"Artículo 1°. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones.** Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán, reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos;

(...) 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores, oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones". (Negrillas por la Sala).

Como se aprecia, las normas referidas asignan la competencia de la administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, y por excepción, prevé que otros entes, tales como las cajas, fondos o entidades, administren el sistema, pero se requiere, fundamentalmente, que éstos cumplan con dos condiciones indispensables:

1. "Subsistan", es decir, que su vida jurídica perdure después de la entrada en vigor del sistema general de pensiones, para que continúen reconociendo y pagando las pensiones.

2. "Administren" el régimen, esto es, que se limiten a cumplir con una de las funciones del mismo, como es solamente la del pago de las mesadas pensionales.

En el caso objeto de análisis, no se presentan estas dos condiciones, pues por una parte, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL no subsistió, pues a través del Decreto 2196 de 2009 se ordenó su supresión y/o liquidación. Asimismo, el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 estableció:

**"Artículo 4°. Del traslado de afiliados.** La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el **traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.** Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado". (Negrillas por la Sala).

Así mismo, es necesario aclarar que Cajanal EICE, en Liquidación, fue el encargado de adelantar las acciones que permitieran garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado de cotizaciones al I.S.S.; y que Cajanal EICE, en liquidación, continuó con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP. Al respecto, el inciso 2° del artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, estableció:

**"En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos**



trámites, respecto de aquellos **afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio** para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4° del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la **nómina de pensionados**, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007”.

En igual sentido, y a partir de la interpretación integral y sistemática de los Decretos 2196 de 2009, 5021 de 2009, 2380 de 2012 y 0575 de 2013, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisiones del 20 de noviembre de 2014, 10 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 08 de junio de 2016, 08 de junio de 2016, 28 de junio de 2016 y 18 de julio de 2016, entre otros, que corresponden en su orden a las radicaciones números 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00, fijó las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES, así

“1. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que al **01 de julio de 2009**, fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009, **ya habían consolidado el derecho a la pensión**, por haber reunido los requisitos de edad y número de semanas o tiempo de servicios exigidos por la ley, siempre que, para entonces, estuvieran afiliadas a CAJANAL EICE.

2. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que, estando afiliadas a CAJANAL EICE **cumplieron el requisito de tiempo de servicios o número de semanas** cotizadas exigido por la ley, **y se retiraron o desafiliaron** del régimen de prima media con prestación definida **antes de la cesación de actividades de la caja**, para esperar el cumplimiento de la edad.

3. En los casos en los que al **01 de julio de 2009** los afiliados se trasladaron de CAJANAL EICE al ISS **sin haber cumplido los requisitos exigidos** por la normatividad aplicable o alguno de ellos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida **compete a COLPENSIONES**, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.

4. En aquellos eventos en que el servidor público se **traslada voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales**, corresponde

a dicha entidad (hoy COLPENSIONES), resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento pensional”.

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto 1068 de 1995, es claro en determinar que el responsable del pago de pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar es la entidad administradora de pensiones que haya recibido o que le hubiere correspondido recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente. Al punto, dispone la citada norma:

**“Artículo 5°. Efectos de la afiliación.**

(...) Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente”.

Por tanto, y dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es “la entidad” encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debió recibir las cotizaciones de la actora, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, escenario que guarda concordancia con la sentencia **SL1582-2021** proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó:

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

9 de sep. 2008, radicado 31314), que reiteró la SL, 9 sep. 2008, rad. 31989), en la que se dijo:

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

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

#### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia

entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban

próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

| <u>Etapas acumulativas</u>                    | <u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</u>                                                                                                                                                                                                             | <u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>                                                                                                                                                                                      |
|-----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                          | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 863 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales     |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                     | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le |

|                                                                |                                                                                               |                                                                                                                          |
|----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                |                                                                                               | conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle                                                                        |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 0 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las

enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

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

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues

invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

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

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

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



Demandante: **JAEL GARCÍA CUELLAR.**

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

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.*

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

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

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

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

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

*“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”*

*Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.*

*Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.*

*Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.*

*Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.*

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al

afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

#### **Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través de la entonces Caja de Previsión Nacional- CAJANAL, pues desde 01 de enero de 1993 presenta cotizaciones, según formato CLEBP obrante a folios 17 y 18; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 11 de julio de 1997 (fl.122); **iii)** Dentro del R.A.I.S, la actora se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy Porvenir S.A.), conforme formulario de afiliación visible a folio 123; y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 21 de febrero de 2019, pero le fue negada tal posibilidad por las demandadas (fls. 29 a 37).

A folio 122 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de julio de 1997 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del*

*formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado<sup>1</sup>.*

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que ésta se limitó a exponer que la asesora de PORVENIR S.A. le brindó una información muy general, pues estuvo en una reunión individual de diez minutos, y únicamente manifestó que ésta le dijo que CAJANAL iba ser liquidado y que podía acceder a una pensión a la edad y en el monto que quisiera, y que no le explicaron a dónde iban sus aportes ni qué eran los rendimientos, información que a juicio de la Sala además de que es imprecisa, es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las características de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de Jael García Cuellar del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Demandante: **JAEL GARCÍA CUELLAR.**

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

Frente a la inconformidad de PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes descontados por concepto de gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de

un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de inejecución del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»".*

#### **COSTAS.**

Teniendo en cuenta que COLPENSIONES no intervino en el acto de traslado de la accionante y que ésta ni siquiera estuvo afiliada al régimen de prima media a través del Instituto de Seguros Sociales- I.S.S., considera la Sala que no es dable la imposición en costas a cargo de tal demandada, por lo que, se REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia impugnada, en cuanto condenó en costas a la totalidad de las demandadas, para en su lugar ABSOLVER en costas a COLPENSIONES. Lo demás se confirmará.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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



Demandante: **JAEL GARCÍA CUELLAR.**

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral sexto de la sentencia, en cuanto se condenó por concepto de costas a COLPENSIONES, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de costas.

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

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
*Aclaro Voto!*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**Magistrada ponente**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

**I. ASUNTO**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la **parte actora**, de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **INGRID TATIANA ESPINOSA CARDONA** promoviese contra **ASCENSORES SCHINDLER DE COLOMBIA S.A.S.**

**II. ANTECEDENTES**

**1. HECHOS**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de la estabilidad laboral en los términos de la Ley 361 de 1997, así como el reconocimiento del fuero circunstancial debido a la negociación colectiva entre la demandada y el sindicato SINTRAIME

Como consecuencia de lo anterior deprecia se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno similar, el pago de los salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y demás beneficios dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta el reintegro y la indemnización equivalente a 180 días de salario de que trata el inciso 2

del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como la indexación de dichas sumas.

Como fundamento de sus pretensiones narró que: **1)** Celebró con la demandada contrato de trabajo a término indefinido; **2)** La relación laboral inició el 2 de febrero de 2015 y finalizó el 14 de octubre de 2016; **3)** Fue contratada para desempeñar el cargo de Jefe de Recursos Humanos, con sede en Bogotá y cobertura a nivel nacional, posteriormente se desempeñó como Jefe Administrativa para la ciudad de Bogotá; **4)** La labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, sin presentar queja alguna; **5)** El horario de trabajo establecido era de lunes a viernes de 7:30 am a 5:30 pm, en el horario diurno; **6)** El último salario devengado fue la suma de \$12.500.000, más auxilio de movilización de \$500.000 y beneficios extralegales como el reconocimiento del 70% de un curso de inglés, incluidos en el documento de la propuesta laboral; **7)** Su estado de salud al ingresar a trabajar con la demandada está certificado con el examen médico de ingreso, en el que consta que sufre de artritis reumatoidea, encontrándose apta para desempeñar el cargo ofrecido por la empresa; **8)** A comienzos del año 2016 empezó a presentar problemas de salud relacionados con la movilidad de sus pies, por lo que acudió a su servicio médico y luego de la valoración física por el médico ortopedista, fue remitida con calmantes; **9)** Esta nueva patología no tiene relación con la artritis reumatoidea que posee desde el inicio de su relación laboral con la demandada; **10)** El tratamiento ordenado no logró mejoría, por lo que acudió nuevamente al servicio médico y fue valorada la última semana del mes de julio de 2016 por el ortopedista Carlos Roberto Cortés; **11)** Su diagnóstico fue dedo en garra en ambos pies, debiendo practicarse una cirugía cuya incapacidad por cada pie sería aproximadamente de 2 meses y un intervalo entre cada cirugía de 6 meses; **12)** Esta situación fue puesta en conocimiento de la oficina de recursos humanos de la demandada, en la ciudad de Bogotá, asistente de recursos humanos Deisy Duarte y posteriormente fueron notificados la asistente de recursos humanos de Medellín, Sandra Nataly Alvarado y el Jefe Directo William Salazar; **13)** Su situación de movilidad era conocida por todos sus compañeros de trabajo, a quienes les manifestó su miedo por las posibles represalias; **14)** La relación contractual se mantuvo hasta el 14 de octubre de 2016, fecha en que su empleador, de manera unilateral decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin la autorización de la autoridad laboral competente; **15)** El 21 de octubre de 2016 se le practicó el examen médico de egreso ordenado por la empresa, en donde se corrobora su precario estado de salud; **16)** Los resultados del examen en mención indicaron: “dedos en garra bilateral de los pies, diagnosticados en julio de 2016, pendiente cirugía”, “pies: dedos en garra bilateral” y “El examen clínico ocupacional de egreso presenta hallazgos en el examen clínico que deben ser evaluados por su entidad de salud”; **17)** Al momento del despido

sin justa causa se encontraba en total estado de debilidad manifiesta, por el deterioro de su estado de salud, por una disminución física que era conocida por su jefe inmediato William Salazar, por cuanto ella le informó que su médico ortopedista le había ordenado la realización de una cirugía por el diagnóstico de pies en garra bilateral; **18)** Lo que era de su conocimiento desde abril de 2016; **19)** El 14 de diciembre de 2015, la demandada inició una negociación colectiva con el Sindicato de Industria SINTRAIME, al que están afiliados los trabajadores de la empresa y dentro de los negociadores, la demandada la nombró a ella como representante de la empresa; **20)** El pliego de peticiones presentado se encuentra en proceso de negociación a la fecha del despido y por ello gozaba del fuero circunstancial, razón por la cual, la empresa no podía despedir a ningún trabajador hasta tanto terminara dicha negociación.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

**ASCENSORES SCHINDLER DE COLOMBIA S.A.S (fs. 92 a 227)**, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, pago, buena fe de la compañía, mala fe de la demandante, enriquecimiento sin causa de la demandante, compensación, prescripción y las demás que se encuentren probadas.

Expuso que el 2 de febrero de 2015, esa compañía y la demandante, celebraron un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Jefe de Recursos Humanos – Bogotá, con un salario de \$12.500.000 mensuales, bajo la modalidad de salario integral, el cual finalizó el 14 de octubre de 2016, fecha en la cual se le comunicó a la demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, con sustento en el artículo 28 de la Ley 789 de 2002.

Indicó que el legislador facultó a las partes del contrato a darlo por terminado de modo unilateral y sin que medie una justa causa, siendo la única obligación derivada de esta disposición legal, la de pagar una indemnización cuyo cálculo se efectúa como la norma lo indica, por ello, a la demandante se le canceló la liquidación, dentro de la cual, se pagó la suma de \$13.007.991 como indemnización y la compañía dio cumplimiento al parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por lo que, habiéndose cumplido con las obligaciones derivadas de la elección de este modo de terminación de la relación laboral, la misma es eficaz.

Adujo que la demandante no aportó copia del carné correspondiente que le permitiera identificarse como titular de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997, como tampoco de que le hubiera sido calificada una

pérdida de capacidad laboral que le permita ubicarla dentro de los grados de la discapacidad en la que sustenta sus pretensiones, lo que hace inexistente su condición de titular de los derechos que pretende y, si en gracia de discusión, los anteriores elementos no se tuvieran en cuenta, ninguno de los documentos aportados con la demanda fueron conocidos por la compañía en vigencia de la relación laboral, pues todos ellos hacen parte de la historia clínica la cual, por disposición legal no podía ser conocida, además algunos de los documentos allegados datan de fechas posteriores a la finalización de la relación laboral y ninguno de estos tienen recibido por parte de la empresa.

Por lo anterior, dice, resulta imposible considerar que la terminación del contrato de trabajo de la demandante obedeció a una conducta discriminatoria por parte de la compañía en consideración a su diagnóstico de “dedo en garra en ambos pies”, de un lado porque no es cierto que dicho diagnóstico data de la ultima semana de julio del 2016 como se dijo en el hecho 10 de la demanda, pues el documento de folio 29 del expediente da cuenta que ese diagnostico es del 26 de octubre de 2016, esto es posterior a la terminación de la relación laboral, y de otro, por cuanto, la compañía, lejos de adoptar conducta discriminatoria alguna con la demandante, celebró el contrato de trabajo teniendo conocimiento de que la actora presentaba “una enfermedad que está en tratamiento, que no le genera actualmente restricciones para la ocupación” que no es otra que la artritis reumatoidea a la que refiere el hecho 7 de la demanda.

Refirió, que no hay lugar a considerar que la terminación del contrato de trabajo de la demandante obedeció a una conducta discriminatoria por parte de la compañía, pues de ser así, la actora jamás habría sido contratada y, en todo caso, porque resulta imposible considerar que la decisión de terminación de vínculo fue una consecuencia del diagnóstico “dedo en garra en ambos pies” dado que el mismo fue posterior a la terminación del contrato; adicionalmente, anotó, que al momento de la terminación del contrato de trabajo, la demandante no tenía ningún tipo de discapacidad que la hiciera titular de la estabilidad laboral reforzada que reclama, pues no había sido calificada con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral por entidad legalmente habilitada para el efecto o, por lo menos, la compañía lo desconocía, es más, la demandante no se encontraba incapacitada, ni le habían sido emitidas recomendaciones o restricciones médicas u ordenes de cirugía, como tampoco se encontraba en etapa de calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL o Juntas de Calificación de Invalidez, como consecuencia de ello, la accionante jamás informó o indicó a su jefe inmediato o algún superior sobre su diagnóstico de “dedo en garra en ambos pies”, la cual solo aparece referenciada en una historia clínica de fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo, destacando que no hay historias clínicas generadas durante la vigencia del contrato de trabajo, que

den cuenta de que la demandante estaba enterada de dicha patología, por lo que es imposible que le notificara a la compañía de ello y por tanto, eso fuere el móvil de su desvinculación.

Frente al tema del fuero circunstancial, expuso que la demandante no puede considerarse titular del mismo, pues basta con advertir que en el hecho 18 la demandante confiesa que era representante de la compañía en la negociación colectiva, por lo que el fuero reclamado resulta inexistente, no solo porque el mismo solo aplica a los trabajadores que hubieran presentado el pliego de peticiones y la demandante no lo hizo, sino porque el mismo no aplica a los trabajadores que cumplen funciones directivas, como lo es el cargo de jefe administrativa que la demandante desempeñaba en la etapa final de la relación con la compañía.

Indicó que en el caso de la demandante se hace más evidente su condición de representante de la compañía, no solo por las actividades de dirección propias del cargo de jefe, sino por su designación por parte de la empresa como negociadora en el conflicto colectivo, por lo que este fuero resulta inexistente.

Concluyó diciendo que, no se configura ningún supuesto adicional que permitiera considerar que la demandante podría resultar beneficiaria de las garantías propias de la negociación colectiva, pues además de no haber estado afiliada a SINTRAIME, el grupo de trabajadores de la compañía afiliados a dicha organización sindical es minoritario y no supera la tercera parte de los trabajadores de la misma.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 17 de febrero de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, el *a quo* refirió que, el primer problema jurídico a tratar consistía en determinar la existencia de un fuero circunstancial en cabeza de la demandante, para luego verificar si hay lugar a reintegro pretendido con base en esta garantía, de lo contrario, y en segundo lugar, verificar lo pertinente al fuero de estabilidad laboral reforzada y si hay lugar a declarar la ineficacia del despido con su consecuencial reintegro y pago de salarios y prestaciones a que haya lugar.

**Respecto del fuero circunstancial**, lo negó al indicar que al plenario fue allegado el pliego de peticiones presentado el 4 de diciembre de 2015 y obra a folios 157 a 202, evidenciando que la demandante no hace parte de la suscripción de ese pliego de peticiones y por demás, participó en la mesa de

negociación del mismo en la parte de arreglo directo, como negociadora de la empresa demandada, por lo que en este caso opera la exclusión del acto directivo de la protección del fuero circunstancial que se fundamenta en la garantía del derecho de negociación colectiva.

Por lo anterior, expuso, al haber la demandante ostentado la calidad de negociadora de la compañía en la parte de negociación directa, hecho confesado en el interrogatorio de parte y rectificado por los testigos José Ricardo y Gracybel, ello permite concluir que la actora ostentaba un cargo de jerarquía que representaba a la empresa en esa negociación, lo que justifica la restricción de hacerse beneficiaria del fuero circunstancial, máxime cuando, tal y como lo admitió la actora y lo mencionaron los testigos, no estaba afiliada a ninguna organización sindical .

En lo que respecta al **fuero por estabilidad ocupacional reforzada**, establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, adujo que, en el presente caso no se discutió que la demandada hubiera terminado el contrato de trabajo que inició el 2 de febrero de 2015 de manera unilateral y sin justa causa a partir del 14 de octubre de 2016, inclusive con el pago de una liquidación e indemnización con base en el artículo 64 del CST.

Indicó que, al verificar el estado de salud de la demandante para dicha época, una vez revisado el expediente, encontró que la actora, al momento de la terminación del contrato de trabajo no estaba incapacitada, ya que la última incapacidad fue de 2 días y fue otorgada el 22 de marzo de 2016 por infección intestinal y para el año 2015 también se le concedieron unas incapacidades que arrojan un total de 22 días, con ocasión de varios diagnósticos, con lo que se establece que ninguna de estas incapacidades tuvieron como fuente patológica una afección de los miembros inferiores como se dijo en la demanda, destacando que la accionante aportó copia de la historia clínica laboral de ingreso en la cual se establece que, al ingresar a laborar a la empresa padecía una enfermedad conocida como artritis reumatoide, la cual estaba siendo tratada y no le generaba condición alguna que impidiera su ocupación.

Adicionalmente se valió de la historia clínica de egreso de la demandante, la cual evidencia que al momento de su retiro la actora tenía hallazgos relacionados con artritis reumatoide, mano o pie de garra, aumento anormal de peso, con incapacidad para realizar marcha en talones y puntas por dolor, valoración que fue realizada el 21 de octubre de 2016, esto es en fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo, y en todo caso, no se observa discriminación alguna por parte de la empresa, teniendo en cuenta que conocía desde el inicio de la relación laboral que la trabajadora padecía de artritis, bien pudo desvincularla con anterioridad si fuera un problema para sus funciones, pero aquí no se hizo.

Agregó que, dentro del plenario no reposan restricciones ni recomendaciones laborales, ni un estado de incapacidad sucesiva o un sometimiento a un proceso de rehabilitación integral que se le hubiese puesto en conocimiento a la compañía en vigencia del vínculo laboral con la demandante, por lo que, pese a que la misma demandada advirtió que el despido fue sin justa causa con el pago de una indemnización, no se verifica en este caso, que dicha ruptura haya sido discriminatoria y mucho menos con ocasión del presunto estado de salud de la parte activa en esa época, de manera que la demandante no corrió con la carga de los artículos 164 y 167 del CGP para probar una condición de salud que le generara una estabilidad laboral reforzada para el momento de la terminación de su contrato de trabajo, y que activara la presunción a la que hace referencia el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

#### **4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 8 de septiembre de 2020, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, del cual hizo uso la parte demandada, quien se ratificó en sus posiciones.

La competencia la tiene esta Corporación a la luz de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueren totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta**.

### **III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la accionante goza de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por razones de salud al momento en que le fue terminado el vínculo laboral; y si cuenta con fuero circunstancial atendiendo la negociación colectiva que se encontraba en curso entre la demandada y el sindicato Sintraime.

#### **DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFESTA POR RAZONES DE SALUD.**

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se



encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

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

**“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad><sup><1></sup> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><sup><1></sup> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><sup><1></sup> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><sup><1></sup>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo*

*por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”.*

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

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **(i)** que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca de dicho estado de salud; y **(iii)** que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

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

Del mismo modo, es menester resaltar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la

potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico **en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibidem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)”.

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito *sine quanon* que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio**.”

Recientemente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias **SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021** reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

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

fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *"garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad"*, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

**Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas**, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *"que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo**, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente". (Negrillas por la Sala).

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia **SL1360-2018**, abandonó la doctrina encaminada a establecer *"que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso"*, para señalar que *"el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el*

*empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada*”, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia **SL711-2021**, en la que dispuso:

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

#### **DEL FUERO CIRCUNSTANCIAL**

El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 señala, que los trabajadores que hubieren presentado a su empleador un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

Frente al particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 28 de mayo de 2015, Rad. 45080, SL16788-2017, y SL1636-2019, ha explicado que el fuero circunstancial es uno de los mecanismos apropiados reconocidos por el legislador para hacer efectiva la negociación colectiva por tener sustento constitucional y convencional (Convenios 98 y 154 de la OIT); que su prolongación debe ser justificada; y que no todos los conflictos se desarrollan dentro de los parámetros establecidos en la ley, por el incumplimiento de las etapas regulatorias o ante la desidia o desinterés de las partes en su desarrollo, y que es por ello que, con la presentación del pliego de peticiones, la garantía del fuero circunstancial no en todos los casos perdura hasta la celebración

de un acuerdo colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues, en estos eventos el conflicto colectivo fenece de manera anormal.

Frente a los beneficiarios del fuero circunstancial, en sentencia SL 3681 del 2020, dicha Corporación expresó:

“En ese contexto, según los artículos 10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, son titulares de esa protección, los trabajadores afiliados a un sindicato y los no sindicalizados que hayan radicado el pliego que da lugar al conflicto colectivo de trabajo, desde ese momento y hasta que éste se solucione mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.

Así lo expuso, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL13275-2015, que rememora las reglas de las sentencias CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39453 y CSJ SL, 28 feb. 2007, rad. 29081.

También tiene adoctrinado la Sala, que la interpretación de las normas antes referidas no puede ser literal o exegética, so pena de que desconozca su teleología, que no es otra que mantener el equilibrio entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto y el empleador, a fin de que el último, amparado en su poder subordinante, no pueda debilitar su capacidad de negociación.

En ese escenario, por ejemplo, en las sentencias citadas, se ha expuesto que la garantía de fuero circunstancial se extiende,

[...] a aquellos [trabajadores] que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical.

(...)”

En cuanto a la extensión de dicho fuero circunstancial en la sentencia con radicado No. 39609 del 13 de febrero de 2013, indicó:

“En lo que atañe a la extensión del fuero circunstancial, esta Sala de la Corte, en la citada sentencia 26726, señala:

“En esas condiciones, la señalada protección del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, tiene como destinatarios específicos a los trabajadores comunes y ordinarios de una empresa, entendida ésta como una unidad de explotación económica, y no aquellos que por su cargo y jerarquía se confunden con el empleador mismo en tanto ostentan un poder de

dirección y mando que lo comprometen, confundiendo sus intereses personales con los de la organización. Permitir a éstos que a través del conflicto colectivo económico puedan mejorar sus condiciones de trabajo, sería tanto como permitir que fueran juez y parte y se aprovecharan en beneficio propio de sus especiales ubicaciones dentro de la escala jerárquica de la empresa, lo cual es contrario a la moral y la ética.

Debe recordarse, para corroborar el anterior criterio, que en materia de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, la jurisprudencia pacífica tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Corporación, se ha inclinado por considerar válido excluir a los representantes del empleador de los beneficios convencionales, exclusión que "obedece a un principio general de derecho, pues en toda obligación y en todo contrato, incluido el de trabajo, una misma persona no debe actuar como parte y contraparte, ni representar a ambas partes simultáneamente cuando sus intereses sean opuestos o puedan llegar a serlo. Esta consideración de la Corte fue expuesta en la sentencia del 12 de diciembre de 1986 y reiterada en la proferida el 9 de julio de 1992 (rad. 4685), al precisarse que dicha regla de nuestra legislación positiva explica la razón de ser de prohibiciones e incompatibilidades como las consagradas en los artículos 501, 1855, 2170, 2171 del Código Civil y 838, 839, 906 y 1274 del Código de Comercio, entre otras, según las cuales no es lícito que quien tiene el deber de cuidar los intereses económicos de otro, o de representarlo, pueda hacer negocios en su personal beneficio y en detrimento de aquel en cuyo nombre actúa, o ejecutar actos que puedan afectar negativamente los intereses de su representado, con lo que se afianza la certeza de que la convención colectiva de trabajo no debe aplicarse a todos los trabajadores de la empresa, pues de sus beneficios pueden ser excluidos aquellos que representan al empleador", tal cual quedó explicado en la sentencia de homologación del 6 de septiembre de 1995, radicación 8127.

(...)

De acuerdo con este precedente de la Sala, la exclusión del alto directivo de la protección del fuero circunstancial (que se fundamenta en la garantía al derecho de negociación colectiva) se justifica en la medida que sirve para contrarrestar el conflicto de intereses que se presenta cuando el trabajador, de un lado, tiene la calidad de representante del empleador y tiene incidencia en la suerte de la negociación, y de otro, resulta beneficiado de la convención que se pacte, en razón a que no se puede ser juez y parte, lo cual es contrario a la moral y a la ética."

Y en lo que se refiere a dicho fuero para trabajadores de altos niveles o jerarquía superior, en sentencia SL 1908 del 2020, dijo:

Demandante: **INGRID TATIANA ESPINOSA CARDONA**

Demandado: **ASCENSORES SCHINDLER DE COLOMBIA S.A.S.**

“(…) la postura doctrinal que tiene esta corporación es del criterio negativo, plasmada en la sentencia CSJ SL 26726, 11 may. 2006, reiterada en las decisiones CSJ SL 29822, 2 Oct. 227, SL 33994, 15 oct. 2008, SL 35636, 20 abr. 2010, SL 37307, 21 sep. 2010, SL 33677, 23 nov. 2010, SL 39609, 13 feb. 2013, SL10660-2017, SL15862-2017, SL1361-2018, SL2680-2018, y SL1438-2019. En la primera de la mencionadas, la sala sentó lo siguiente:

(…)

Ahora, en el asunto bajo examen no hay controversia entre las partes acerca de que el cargo ocupado por el demandante fue el de Subgerente Administrativo y Financiero. Y aun cuando en el expediente no están acreditadas sus funciones, ni que dentro del conflicto hubiera actuado como negociador de la empresa, es dable suponer por sentido común, siguiendo las máximas de la experiencia, que era el que tenía a su cargo todo lo relativo a la parte administrativa y financiera de la entidad, conocedor, por tanto, del estado de la una y de la otra, lo cual es claramente demostrativo de que era un alto directivo de la empleadora con capacidad de compromiso y de representación, todo lo cual conlleva a la inevitable conclusión de que no podía estar amparado por la protección regulada por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, ya que, ciertamente, no podía pretender estar acogido por el pliego de peticiones que la organización sindical presentó, en tanto los intereses empresariales, de los cuales en su calidad de alto directivo lo comprometían, estaban en contraposición con los suyos propios, lo que resulta inadmisibile.

La anterior motivación no es contraria a los preceptos superiores y legales que consagran el principio de igualdad, pues como también la expresado la Corporación en varias oportunidades, las leyes laborales no deben aplicarse literalmente, con exactitudes matemáticas, contrariando la naturaleza humana que las informan, ya que no es atinado colocar en un pie de igualdad a los altos directivos de una empresa con los trabajadores rasos y comunes de la misma.

(…)”

## **DEL CASO EN CONCRETO**

### **De lo probado en el proceso:**

- i) Ingrid Tatiana Espinosa Cardina celebró contrato de trabajo a término indefinido con Ascensores Schindler de Colombia S.A.S. para desempeñar inicialmente el cargo de Jefe de Recursos Humanos – Bogotá, a partir del 2 de febrero de 2015, pactando la suma de 12.500.000 mensuales como salario integral (fls. 17-20 y 159 – 162)



- ii) La demandante fue nombrada como representante del empleador en la negociación colectiva presentada por el sindicato SINTRAIME, según el hecho 18 de la demanda, aceptado por el demandado en la contestación a la misma (fl 4 y 115)
- iii) A la accionante le fue terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el día 14 de octubre de 2016 (fl. 173)
- iv) A la demandante le fue reconocida una indemnización por despido sin justa causa junto con la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 174)
- v) El último salario integral devengado por la actora fue la suma de \$12.500.000 (fl. 174)
- vi) El último cargo desempeñado por la actora fue el de Jefe Administrativo IE Branch (fl. 174)
- vii) El 19 de enero de 2015 se expidió "Certificado médico de preingreso ocupacional" de la demandante, en el que se indicó: "Consideraciones ocupacionales especiales por enfermedad tratada que no le genera restricciones: presenta una enfermedad que está en tratamiento, que no le genera actualmente restricciones para la ocupación. Se requiere que continúe manejada en su entidad de salud para su plan de tratamiento y seguimiento." (fl. 155-156)
- viii) En la historia clínica ocupacional de preingreso se indicó que la accionante padecía de "artritis reumatoidea desde los 18 años en manejo" (fl. 21-22)
- ix) El 21 de octubre de 2016 se expidió "Certificado médico de egreso" a la demandante, en el que se indicó: "El examen clínico ocupacional de egreso realizado al trabajador Ingrid Tatiana Espinosa Cardona identificado con documento número 52057114 quien desempeñaba la ocupación de Jefe Administrativa IE Branch Bogotá en la empresa Ascensores Schindler de Colombia S.A.S./ Exámenes de retiro, presenta hallazgos en el examen clínico que deben ser evaluados por su entidad de salud." (fl. 177)
- x) En la historia clínica ocupacional de egreso se indicó que la accionante padecía de "artritis reumatoidea desde los 18 años de edad en manejo por eps, dedos en garra bilateral de los pies diagnosticados en julio de 2016, pendiente de cirugía por ortopedia" (fl. 21-22)
- xi) El 4 de diciembre de 2015 la organización sindical Sintraime presentó pliego de peticiones a la sociedad Ascensores Schindler de Colombia S.A.S. (fls. 197-202)

- xii) La última incapacidad informada al empleador por parte de la actora data del 22 de marzo de 2016 y por una “infección intestinal no especificada” (fl. 179)

Por otra parte, rindió **interrogatorio de parte a la demandante**, en el cual indicó que el 14 de octubre de 2016 no había sido calificada con pérdida de capacidad laboral, que al momento en que tuvo la condición de sus pies notificó a la representante de la empresa en la sucursal Bogotá, que era la persona auxiliar de recursos humanos – Deisy Duarte y al encargado de seguridad y salud en el trabajo – Juan Mauricio Castellanos y posteriormente se lo notificó a su jefe directo William Salazar, que fue en junio que le notificó y a William Salazar no recuerda cuando se lo notificó, pero probablemente fue 15 días después, reiteró que no recordaba la fecha exacta en la que le había notificado a William Salazar de su cirugía, pero que fue en julio cuando se enteró y le notificó a Deisy Duarte y a Juan Mauricio y quizás 15 o 20 días después le notificó a William Salazar, que para ellos realizó el conducto regular para notificar el procedimiento, que en el documento que obra a folio 59 se encuentra en nombre del médico que la operó y que dicho documento no fue entregado a nadie de la compañía, que no notificó a la empresa de la programación de la cirugía, lo que notificó fue la necesidad de realizarla y lo hizo de manera verbal, que ha tenido diagnóstico de artritis reumatoide desde los 18 años, controlada, no ha tenido crisis y también indicó que no tenía deformidad ni limitación en su desempeño laboral.

Igualmente, comparecieron a rendir testimonio Daisy Rosario Duarte Espinoza, Herardo Franco Mercado, Mauricio Gil Escobar, José María Lorente Gómez, William Ricardo Salazar y Gracybel del Valle Urbaneta.

**Daisy Rosario Duarte Espinoza**, manifestó que conoció a la demandante en Ascensores Schindler de Colombia porque fue se jefe inmediato en una época, que trabajo para dicha empresa de mayo del 2015 a octubre de 2016 y se desempeñó como analista de recursos humanos, que conocía que a hoy demandante estaba en un proceso de cirugía, que en la empresa empezaron a hacer un recorte de personal, que era evidente su estado de salud, que ella iba a trabajar en “chancas”, que como analista de recursos humanos ella le notificó en algún momento que debía someterse a una cirugía la cual le llevaría un tiempo largo de incapacidad,

También mencionó que la accionante fue su jefe en el 2015, que le informó cuando era la encargada de recursos humanos en Bogotá en el mes de julio, cuando ella le preguntó cómo le había ido en la cita médica e Ingrid le manifestó que debía practicarse una cirugía, que estaban en compañía de Juan Mauricio, el encargado de salud y seguridad social en el trabajo, por

lo que él también quedo en conocimiento, que las recomendaciones médicas o restricciones médicas las tramita el departamento de salud y seguridad en el trabajo, que la demandante presentó incapacidad por esguince y otra por un tema de ovarios, que durante esas incapacidades prestó sus servicios a la demandada desde su casa, que la actora no indicó la fecha en que se iba a realizar la cirugía, que pasaron 3 meses desde la fecha en que la demandante dijo que se iba a realizar la cirugía y la fecha de su despido.

**Herardo Franco Mercado**, manifestó que laboró en Ascensores Schindler por 10 años de octubre de 2006 a 24 de enero de 2017, que conoció a la demandante cuando él era Director de Servicios en la demandada en el año 2015, que sabe que la despidieron sin justa causa, que la oficina de Ingrid era al lado de la suya, que a partir del año 2016 empezó a padecer de un tema en los pies, caminaba con dificultad, tenía que ir en sandalias, que tenía entendido que tenía una enfermedad degenerativa en los pies y que tenía programada una cirugía, que todos sabían que estaba limitada pues era evidente, que su relación con la demandante era de compañeros que tenían oficina al lado, que no sabía que Ingrid tuviera algún problema de salud pero en algún momento vio que cojeaba después el esguince que tuvo por lo que le pregunto qué le había pasado y ella le cuenta que tiene programada una cirugía, que la actora tenía una movilidad reducida, que se le dificultaba moverse, arrastraba los pies, cojeaba, se apoyaba en donde podía, usaba zapatillas flexibles y se quejaba mucho del dolor.

**Mauricio Gil Escobar** adujo que fue el representante legal de Ascensores Schindler y su cargo en la compañía es de Gerente de nuevas instalaciones desde octubre de 2015, que conoce a la demandante porque cuando él se vinculó a la compañía en el 2015 ella se desempeñaba allí, que la conoció desempeñando dos funciones, cuando él ingresó la demandante era jefe de recursos humanos y posteriormente el cargo se cambió a asistente administrativa del departamento de instalaciones existentes.

También dijo que conoce las condiciones que dieron origen a la terminación del contrato de la demandante, que ello fue un proceso de restauración dentro de la compañía, se dio un proceso de fusión en el que se exigió hacer un proceso de restauración fuerte que le permitiera a la compañía sobrevivir y se tuvo que despedir a personas, que la empresa se acoge a las normas del país y que se le pagó todo lo que se debe pagar por un despido sin justa causa y se revisó que todos los requisitos para despedir a una persona se diera, que no hubiera ninguna índole de salud, que no haya impedimento legal y en el caso de la demandante se dieron, pagándose una bonificación y una indemnización, que no advirtió ninguna condición extraña en la vestimenta de la accionante, que no hay un código de vestimenta en la demandada, que para la fecha de terminación del contrato

de la demandante el cargo de Seguridad y Salud en el trabajo lo desempeñaba Juan Mauricio Castellano y la secretaria de recursos humanos era Deisy (no recuerda su apellido), que el cambio de cargo de jefe de recursos humanos a jefe de recursos administrativos obedeció a buscar un mejor aprovechamiento de las condiciones y aptitudes laborales de Ingrid Tatiana y la compañía requería un refuerzo en la parte administrativa de instalaciones existentes, manejar toda la parte de cuentas por cobrar, facturación y el perfil de Tatiana se adecuaba, que no conoció el certificado médico de egreso de la demandante, que conoció de la incapacidad laboral que la actora tuvo debido a su matriz, pero si estaba incapacitada la empresa no la haría trabajar, que a la fecha de terminación del contrato de trabajo de la demandante ella no se encontraba incapacitada, que la empresa no conoció del grado o pérdida de capacidad laboral de la demandante ni ningún dictamen de pérdida de capacidad laboral a su favor, que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una decisión unilateral y se le canceló la indemnización de ley y una bonificación que la empresa da a sus empleados.

**José María Lorente Gómez**, expresó que es gerente de instalaciones existentes a nivel nacional en Ascensores Schindler de Colombia y que está en este cargo desde el 1° de octubre de 2015, que conoce a la demandante porque trabajaron juntos en la demandada, que el contrato de la demandante se terminó el 14 de octubre de 2016 y que lo recuerda porque hacía parte del comité de reestructuración que la empresa conformó, que dicha decisión se dio por temas económicos de la compañía, que no le consta que hubiera algún tipo de incapacidad, que la demandante no estaba calificada con algún tipo de incapacidad y no había ningún documento que informara que ella estaba con algún tipo de fuero, que la accionante tuvo un cambio de cargo por la reestructuración en la que estaba la empresa, el departamento de recursos humanos se iba fusionar en uno solo en la ciudad de Medellín, entonces el cargo de la demandante no iba a existir más, que él personalmente le ofreció a la demandante la posibilidad de formar parte de su equipo de trabajo y ella aceptó, que durante el tiempo que trabajaron no tuvieron ningún problema, que no se generó ningún cambio, fue un cambio a un puesto equivalente, era la misma línea, su salario era igual y sus beneficios siguieron igual y su responsabilidad era mayor, que Deisy trabajaba en la sucursal de Bogotá y estaba a cargo de la demandante pues era su auxiliar, que la jefe inmediata de la accionante era Gracibel Urbaneta, directora de Recursos Humanos, que el cambio de cargo de la demandante fue en enero de 2016, que en el cambio se crea una jefatura de la regional Bogotá que queda a nombre de William Salazar quien a su vez le informa a él, que durante el momento de reestructuración se terminación varios contratos y hubo varios cambios en la organización, que esa decisión fue tomada dentro del comité gerencial y de reorganización que se conformó en el 2015 debido a que la compañía tenía muchas pérdidas y había que reducir

el tamaño de esta, que no le constaba que la demandante tuviera alguna condición especial, no constaba ninguna eventualidad en ARL o EPS, que ese análisis siempre se hace, que tienen un departamento de recursos humanos y recursos legales internos ya que cumplen con las leyes, que no le consta que la accionante haya manifestado a la terminación del contrato que tenía algún tipo de incapacidad, ni de manera personal o escrita a él o a sus subalternos, que todos los trabajadores de la compañía deben informar a su jefe inmediato para que este tramite la solicitud o incapacidad o necesidad a través de recursos humanos y en el caso de Tatiana ella conocía perfectamente cual era el procedimiento ya que fue jefe de recursos humanos, que no les constaba o tenían evidencia alguna de que Tatiana tenía, al momento de la terminación del contrato de trabajo, o se encontrara en alguna condición especial que le impidiera a la compañía terminar el contrato de trabajo, que lo único que recuerda es que Tatiana sufría de artritis y así se le contrató y ella nunca manifestó algún problema de salud, que nunca vio que la actora tuviera alguna limitación física, aclarando que Tatiana siempre vestía bien, con tacones, nunca vio que tuviera algún inconveniente de movilidad aunque recuerda que una vez que almorzaron juntos tuvo un percance con uno de los tacones y una torcedura de tobillo, cree que fue en junio de 2016 pero no pasó a mayores y siguieron caminando a la oficina, que Tatiana no necesitó de elementos de apoyo para su movilidad mientras estuvo laborando en la compañía, y que conoció a Deisy Duarte que era la auxiliar de Tatiana y posteriormente siguió siendo una auxiliar de recursos humanos hasta que ese puesto de trabajo fue cambiado y ubicado en la ciudad de Medellín.

**William Ricardo Salazar** dijo que trabaja en Ascensores Schindler como Director General y conoce a la demandante porque fue su jefe directo en dicha empresa, que cuando trabajaron juntos ella era jefe administrativa para instalaciones existentes en la sucursal Bogotá, que ella finalizó el vínculo con la empresa a mediados del mes de octubre de 2016 y que él personalmente hizo esa diligencia, que la demandante no se encontraba incapacitada, ni había sufrido accidente laboral y nunca le informó que tuviera alguna enfermedad, que no le consta que la actora estuviera calificada con algún tipo de incapacidad por EPS o ARL, que el contrato de trabajo con la demandante se terminó porque se venía haciendo una reestructuración por la situación financiera de la compañía, que él personalmente fue quien le notificó de la cancelación del contrato, que el despido de Tatiana se dio porque la compañía estaba haciendo una reducción de costos y dentro de eso hay un comité directivo que diseñó en cada área los cargos que podían reemplazar o que persona podía reasumir esas funciones para reducir costos, que durante el tiempo que la demandante laboró con él no tiene ningún requerimiento o notificación por parte de ella respecto a su estado de salud e incluso hicieron un entrenamiento con el área de salud y seguridad en el trabajo en la Clínica

La Carolina, incluso subieron a la azotea y en septiembre de 2016 hicieron una actividad que llamaron el día de la seguridad y ella estuvo normal, hizo las actividades de esparcimiento y coreografías, que la actividad en la Clínica La Carolina la hicieron en el mes de marzo y abril de 2016 y que luego de parte teórica se desplazaron a 3 edificios diferentes para indicarnos como eran los procedimientos para hacer evaluaciones a los supervisores de campo, debieron ponerse arnés para anclarse en puntos de seguridad e incluso llegaron a la azotea de la clínica y Tatiana hizo su trabajo muy bien sin ninguna novedad y no manifestó alguna inconformidad o dolencia en el desarrollo de la actividad de capacitación, ni tampoco en el desarrollo de la actividad del día de la seguridad, que al momento de la terminación del contrato de trabajo no fue informado de ningún tipo de procedimiento quirúrgico de Tatiana y tampoco fue informado de ello al momento previo de la terminación, no recibió ninguna notificación verbal o escrita, que no fue informado por Tatiana o por la persona encargada de salud y seguridad en el trabajo de alguna recomendación o restricción laboral, lo que recuerda es a mitad del 2016 ella estaba en hora de almuerzo y al parecer metió el pie en un hueco y tuvo un esguince y por ello estuvo incapacitada, que durante el tiempo que la demandante trabajó con él no percibió ningún problema de movilidad ni fue notificado de ello, que tampoco fue notificado ni de forma verbal ni escrita por parte de la demandante del "dedo en garra", que nunca evidenció que la accionante usara algún elemento ortopédico, ella siempre estaba muy bien organizada y vestida.

**Gracibel del Valle Urbaneta**, indicó que es gerente de recursos humanos en Ascensores Schindler desde el 2015 en Colombia y que trabajaba en Ascensores Schindler Venezuela, que conoce a la demandante desde el 2015 pues cuando llegó, ella era la jefa de recursos humanos, que trabajó con la accionante en el 2016, pero por la reorganización de la empresa comienza una nueva reestructuración y se le ofrece la oportunidad de trabajar en el departamento de recursos administrativos en un cargo que se ajustaba a su perfil y ella se mostró muy contenta de hacer el cambio, que la transición de cargo se dio en enero de 2016, a comienzos de ese año, que la demandante continúa laborando hasta finales del 2016, que las sucursales de Bogotá y Medellín tienen nuevas reestructuraciones y se decide que Bogotá tenga nueva estructura, se revisa el caso de personas que tiene duplicidad y se toma la decisión de terminar el contrato sin justa causa pero se indemniza a la demandante con todos los beneficios de ley, que no tiene conocimiento de que Ingrid para el momento de la terminación se encontrara en alguna situación de salud que mermara sus condiciones, además de que fue su jefe y hubiera sido la primera en saberlo, que en septiembre de 2015 la accionante estaba en una incapacidad, cree que digestiva, pero no recuerda más incapacidades, que la actora no le informó de algún problema de salud, ni lo evidenció, salvo la intervención quirúrgica del 2015 que fue cuando la conoció, que no recuerda algún reporte de salud,

que la última vez que vio a Tatiana estaba bien de salud y se estaba preparando para organizarle la fiesta de cumpleaños a la hija, que no recuerda haberla visto en un estado de salud comprometedor y que ella irradiaba salud, que Tatiana nunca dejó de cumplir con sus funciones laborales, era trabajadora, responsable, que no había ninguna limitación de salud y ella viajaba a donde fuera, su trabajo era de asistencia y disposición y no recuerda algún evento que mermara su salud, que tampoco recuerda ninguna enfermedad seria que le impidiera realizar sus actividades laborales, que durante la incapacidad que tuvo Tatiana en el 2015 la empresa no le exigió que trabajara desde su casa y la llamada que tuvieron fue para conocerse, sin ninguna exigencia pues siempre han respetado las incapacidades de sus empleados, que como gerente de recursos humanos no fue enterada de alguna solicitud de intervención quirúrgica salvo la que mencionó del año 2015, que William Ospina, jefe inmediato de Tatiana fue quien le notificó de la terminación del contrato, que no existió ningún tipo de reclamo por parte de Tatiana frente a la terminación del contrato y no le informó que tuviera algún evento o situación personal o de salud, que no conoce los exámenes médicos de egreso por un tema de confidencialidad, pero dentro del procedimiento de egreso incluyen la invitación a hacerse de manera voluntaria el examen médico, si Tatiana se hizo dicho examen y sale que no es apta para el egreso posponen la decisión de egresar a la persona, pero en este caso no se reportó ningún evento que los obligara a detener la decisión y no dispone de ninguna información de ese egreso que le indicara de algún tratamiento médico o plan de cirugía para que el egreso no fuera apto, que Juan Mauricio es el encargado de salud y seguridad en el trabajo y no le reportó ningún problema de salud de Tatiana.

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, se advierte que a la accionante le fue terminado su vínculo laboral sin justa causa, pagándose la correspondiente indemnización, empero no obra una prueba contundente de la que se pueda establecer que esta contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que la accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, ya que: i) La historia clínica de preingreso de fecha de fecha 19/01/2015 da cuenta que la accionante, a su ingreso a la accionada, padecía de artritis reumatoidea, la cual no presentaba restricciones para realizar las funciones para las que había sido contratada por la demandada, ii) La historia clínica de egreso de fecha da cuenta de a misma patología registrada al momento de su ingreso (artritis reumatoidea), así como de “dedos en garra bilateral de los pies”, patologías que no tienen un soporte adicional para establecer que generan en la actora un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%; iii) En el expediente obran 3 incapacidades de fechas: **13/09/2015;**

**01/12/2015 y 22/03/2016**, (fls. 179-182) como consecuencia de enfermedades generales y en ninguna de estas se hace mención ni a la artritis reumatoidea ni a los dedos en garra bilateral de los pies; iv) Del examen médico de ingreso realizado a la actora por parte de la entidad designada por empleador, se logra evidenciar que para la fecha de su ingreso a la compañía, este conocía de la patología de la accionante artritis reumatoidea, pese a lo cual consideró que esta no la imposibilitaba o restringía para ejercer el cargo para el cual había sido contratada, encontrándola apta para su desempeño, empero del mismo no es posible establecer a cuánto equivale el porcentaje de pérdida de capacidad laboral; v) Del examen de egreso efectuado a la actora el 21/10/2016, se encontró, adicional a la patología inicialmente mencionada, un diagnóstico de dedos en garra bilateral de los pies, sin embargo, como acontece con el examen médico de ingreso, del mismo no es posible establecer a cuánto equivale el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y vi) de la prueba testimonial no tampoco puede extraerse una enfermedad o patología de la accionante que se pueda considerar que alcanza el 15% de pérdida de capacidad laboral.

Así mismo, no considera la Sala que los padecimientos de la accionante sean de tal envergadura que se pueda establecer que se está frente a un hecho notorio, por el contrario, de las pruebas aludidas presuntamente pareciera que los malestares de la accionante no son de la envergadura que se afirma, por lo que no se considera que hubiese acreditado la carga que le correspondía, esto es, demostrar la discapacidad en cualquiera de los grados mencionados, máxime cuando la accionada la contrató pese a saber que padecía de artritis reumatoidea, pues conforme el examen médico de ingreso se consideró que dicha patología no afectaba el cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, debe resaltarse un aspecto trascendente para absolver de las pretensiones atrás analizadas y es la falta de conocimiento por parte del empleador de una eventual e hipotética disminución de la salud de la trabajadora. En el caso bajo estudio, revisado el expediente se evidencia que no hay prueba de restricciones, recomendaciones o reubicaciones efectuadas por las entidades del Sistema de Seguridad Social, luego ante un escenario donde el trabajador está aparentemente sano, no puede hablarse de discriminación en el despido en razón de una disminución o condición física que configure la dicha protección especial de la Ley 361 de 1997, máxime cuando ello no fue impedimento para la contratación de la accionante, ya que, se reitera, fue contratada por la demandada pese a saber que padecía de artritis reumatoidea. Aunado a lo anterior, tampoco se evidencia prueba alguna que demuestre que el empleador conociera del diagnóstico de "dedos en garra", pues tal y como lo acepta la demandante al rendir su interrogatorio de parte, aquel documento que obra a folio 59 que



resulta ser expedido el 26 de octubre de 2016 por el Dr. Carlos Roberto Cortes Perdomo no fue por ella entregado a nadie de la compañía y en todo caso el mismo data de fecha posterior a su despido.

Por tanto, **SE CONFIRMARÁ** la sentencia en cuanto a la pretensión relativa al reconocimiento del fuero de que trata el artículo 25 de la ley 361 de 1997 y el consecuente pago de la indemnización de 180 días de salario consagrada en la mentada norma, por cuanto no se acreditó que la terminación del contrato de trabajo se hubiere producido por causa o con ocasión de alguna discapacidad de la demandante.

Ahora bien, en lo que respecta a la pretensión referente a que la actora era beneficiaria del **fuero circunstancial** al estar en curso una negociación colectiva, debe recordarse que en el proceso es un hecho aceptado por las partes que la demandante fue nombrada como representante de la empresa dentro de la negociación colectiva presentada por el sindicato SINTRAIME. En aras a la negociación del pliego de peticiones presentado ante la demandada el 4 de diciembre de 2015.

Ahora bien, debe recordarse que el fuero circunstancial aplica a todos los trabajadores sin importar si están o no sindicalizados, excepto a los trabajadores que cumplen funciones directivas en la empresa, cuando presentan un pliego de peticiones al empleador.

Pues bien, dentro del plenario no fue acreditado que la accionante se encontrara afiliada a dicha organización sindical, o que hubiese sido una de aquellas trabajadoras que presentó un pliego de peticiones pues no obra documental en tal sentido. Adicionalmente ello fue confesado por la misma demandante al rendir interrogatorio de parte, diligencia en la que indicó que durante la vigencia del contrato laboral con la demandada no hizo parte de ninguna organización sindical, lo cual fue corroborado por el testigo **José Ricardo Sequeira**, quien indicó ser directivo sindical de SINTRAIME, que no labora para la demandada, que conoce a Ingrid porque ella trabajaba en Ascensores Schindler donde ese sindicato tiene trabajadores afiliados y la demandante hizo parte de la negociación como representante de la empresa, por lo que estima la Sala que la actora no es beneficiaria del fuero sindical al que alude el libelo genitor de la Litis.

Adicionalmente en el proceso se acreditó que la demandante tuvo dos cargos directivos mientras estuvo vigente el contrato de trabajo, y aunque sus funciones no quedaron claramente establecidas en el proceso, es dable suponer por sentido común, siguiendo las máximas de la experiencia, que era que tenía a su cargo asuntos relativos a la parte administrativa y de recursos humanos de la empresa, conocedora, por tanto, del estado de la

Demandante: **INGRID TATIANA ESPINOSA CARDONA**Demandado: **ASCENSORES SCHINDLER DE COLOMBIA S.A.S.**

una y de la otra, lo cual es claramente demostrativo de que era un alto directivo de la empleadora con capacidad de compromiso y de representación, afirmación que se consolida con el hecho de haber sido nombrada por la empresa como su representante negociadora del pliego de peticiones que presentó el sindicato SINTRAIME todo lo cual conlleva a la inevitable conclusión de que no podía estar amparada por la protección regulada por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, ya que, ciertamente, no podía pretender estar acogida por el pliego de peticiones que la organización sindical presentó, en tanto los intereses empresariales, de los cuales en su calidad de representante del empleador la comprometían, estaban en contraposición con los suyos propios, lo que resulta incompatible. En tal sentido, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia citada en precedencia aquellos trabajadores que se confunden con el empleador no son los destinatarios de dicho fuero, pues permitir ello sería como permitir que fueran Juez y parte, lo cual es contrario a la moral y la ética. (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicado 26726 del 11 de mayo de 2006, reiterada en aquellas con radicados 37307 de 2010, 39609 de 2013 y SL 1361 de 2018.)

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** en todos sus apartes la sentencia revisada en Consulta.

#### **IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

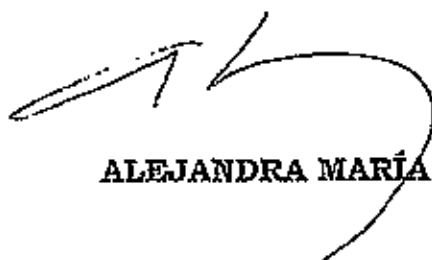
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310501820170046001

Demandante: **INGRID TATIANA ESPINOSA CARDONA**

Demandado: **ASCENSORES SCHINDLER DE COLOMBIA S.A.S.**

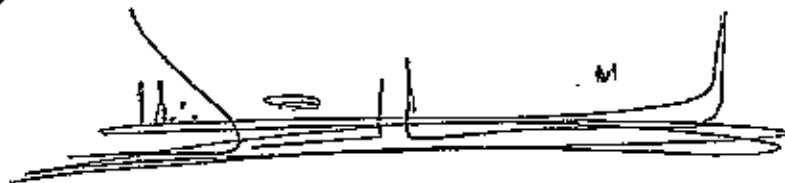
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

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



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de octubre de dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO** promoviese contra la **COOPERATIVA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COOSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PRETENSIONES**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la ilegalidad del contrato por duración de la obra o labor que celebró con **GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**; que la terminación de su contrato de trabajo fue sin justa causa; y que **COOSERPARK S.A.S.**, utilizó la figura de la intermediación laboral para afectarlo laboralmente. Como consecuencia de lo anterior, solicita que las demandadas en solidaridad paguen por los contratos como operador logístico, indemnización por despido sin justa causa; salarios, cesantías, intereses moratorios de cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, sanción por no pago de intereses a las cesantías; por el contrato de seguridad, salarios, cesantías, intereses moratorios de cesantías, indemnización moratoria de prestaciones sociales, prima de servicios, sanción por no pago de intereses de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, e intereses a las cesantías; indemnización por daños morales, psicológico, materiales y perjuicios a la salud; e indemnización por 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

#### **2. HECHOS.**

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 25 de enero de 2013 se vinculó a laborar con la sociedad **GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.S.**, mediante contrato de obra o labor; **2)** Su jefe inmediato era el señor Fernando Galindo, hermano del dueño de **COOSERPARK S.A.S.**; **3)** El contrato se desarrolló íntegramente bajo las órdenes de

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COOSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

**COOSERPARK S.A.S;** 4) Su contrato inicialmente fue como operador logístico, pero una vez ingresó a laborar como trabajador temporal de **COOSERPARK S.A.S.**, se le asignó el cargo de seguridad; 5) Laboraba de lunes a domingo, en un horario de 6:00 A.M. a 10:00 P.M.; 6) Devengaba \$589.000 más una bonificación de \$63.000 y horas extras; 7) Únicamente le pagaban tres horas diarias por concepto de horas extras; 8) Con respecto al cargo de seguridad no pactó ningún salario; 9) A partir de 2015 empezó a presentar molestias en la zona inguinal; 10) El 02 de junio de 2015 le manifestaron la terminación de su contrato de trabajo; 11) Posterior a su despido, le fue diagnosticada una hernia; y 12) En febrero de 2017, en cita ante el Ministerio del Trabajo, María Adelaida Paris, Gerente de **COOSERPARK S.A.S.**, manifestó no tener vínculo laboral alguno con el actor.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**COOSERPARK S.A.S.**, (fls. 82 a 91), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó falta de legitimación por pasiva, inexistencia de relación laboral, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

Aceptó acudir ante el Ministerio de Trabajo en febrero de 2017, en donde manifestó que no tuvo vínculo laboral alguno con el demandante.

Expuso que no suscribió contrato de prestación de servicios temporales con **GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.S.** para el suministro de personal en el cargo de operador logístico; que el actor no prestó sus servicios ni siquiera como personal en

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

misión; que el contrato de prestación de servicios temporales para el suministro de personal para el cargo de operador logístico fue suscrito con **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.**, empresa para la que el actor prestaba sus servicios en calidad de trabajador en misión; y que los cargos de Operador Logístico y Seguridad no existen al interior de la empresa.

**GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.S:** Mediante auto del 07 de noviembre de 2018 se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda (fl.105).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Como fundamento de , el A Quo arguyó que la parte actora no logró demostrar la prestación personal del servicio con la demandada **COOSERPARK S.A.S.**, como quiera que conforme al testimonio de Analida Chitiva Poveda, el accionante realizaba labores de operador de logística y de seguridad en las diferentes sedes que tiene Capillas de la Fe, y que hacía parte del **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.**, situación que también fue aceptada por el actor al momento de rendir interrogatorio de parte.

Concluyó apoyándose en el testimonio de la testigo Analida Chitiva Poveda que **COOSERPARK S.A.S.** y el **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.** eran empresas diferentes, ya que la primera se encargaba de vender las pólizas exequiales, y la segunda, ejecutaba los servicios funerarios; que el **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.**, era quien tenía inscritos los establecimientos de comercio de *Capillas de la Fe*; que en interrogatorio de parte,

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

el actor aceptó que prestó sus servicios en Capillas de la Fe; y que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, cuando se encuentra que a la persona a favor de la que se le prestaron los servicios, es diferente de la demandada, es procedente la absolución.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

El apoderado de la activa manifestó que se presentaron dos videos en la sede **COORSERPARK** en la sede de la 69 con 11, en donde se presenta un funcionario con uniforme de **COORSERPARK CAPILLAS DE LA FE**, quien manifiesta que hay grupo de seguridad (que ha sido negado en los interrogatorios de parte por parte de la representante legal de la demandada), que hay una central de monitoreo, y que el jefe de seguridad es Fernando Galindo.

Se refirió a la declaración de la testigo Analida Chitiva Poveda, indicando que esta señaló: que grabó el video aludido, porque muchas personas manifestaban que habían sido despedidas pese a cumplir horarios de 6:00 A.M. a 10:00 P.M., sin que se les reconociera su cargo de seguridad; y que estuvo en la central de monitoreo porque perdió una documentación, y que podía acudir al grupo de seguridad.

Manifestó que con el interrogatorio del demandante se logró probar que celebró un contrato verbal con Fernando Galindo para desempeñar el cargo de seguridad; que no se tuvo en cuenta el certificado médico ocupacional del 25 de enero de 2013, en el que están **COORSERPARK S.A.S Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, y el cargo era de operador logístico; que **COORSERPARK S.A.S.**, ha tratado de esconder el grupo de seguridad porque no tiene ningún tipo de licencia; que en las minutas aparece el nombre del actor, lo que nunca firmó la



Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

demandada; que se ha puesto la correspondiente denuncia por la falsedad en la declaración de la representante legal de **COORSERPARK S.A.S.**; y que la testigo Analida Chitiva Poveda también demandó por sus derechos laborales.

Finalmente arguyó que, por las labores desarrolladas por el actor, éste sufrió una hernia inguinal, y que al presentarse tal lesión, **COORSERPARK S.A.S.**, decidió despedirlo; y que el accionante desarrolló dos labores: operador logístico y en seguridad.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de **COORSERPARK S.A.S.** para ratificar sus argumentos.

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el problema jurídico se

circunscribe a determinar si el accionante logró acreditar la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas, como operador logístico, de seguridad, o ambos.

### **Del contrato de trabajo y sus extremos temporales.**

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

A renglón seguido, el artículo 24 ejusdem, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.<sup>1</sup>

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

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

---

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

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

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

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

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

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

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

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

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

**Del valor probatorio de las grabaciones.**

Sea lo primero rememorar, que el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 constitucional, está referido a aspectos de la órbita privada de la persona humana, involucra aspectos diversos que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen, hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo conciernen a sus intereses. Por ende, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos tienen de aquel. Véase entre otras la Sentencia de la H. Corte Constitucional **T- 233 de 2007**.

Concretamente, en relación con el valor probatorio de las grabaciones, en la sentencia aludida, la H. Corte Constitucional señaló que estas pueden constituir una violación del derecho a la intimidad personal si no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho, tal y como se transcribe a continuación:

"En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto.

La Corte ha establecido el principio anotado en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta, la Sala, reiterando la doctrina contenida en la sentencia de esta Corporación T-530 del veintitrés (23) de

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), (magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), considera que toda persona tiene derecho a un contorno privado, en principio vedado a los demás, a menos que por su asentimiento o conformidad, el titular renuncie a su privilegio total o parcialmente. Entendido así el derecho a la intimidad, es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales". (Sentencia T-003 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía) (Subrayas fuera del original) (Subraya la Sala)

En similares términos, la misma corporación en sentencia **T-364 de 2018**, señaló:

"Las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto".

El anterior criterio también ha sido acogido por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en la sentencia **STC4577-2021**, expuso:

"(...) la decisión adoptada por el Tribunal de Cali luce arbitraria, puesto que la probanza que la demandante pretende sea admitida para su valoración en el juicio de resolución de contrato contra Johana Melissa Lucumi Velasco, es «ilícita», contrario a lo por él argüido, en la medida que su decreto y práctica constituyen una vulneración del «derecho fundamental a la intimidad» de la precursora, así como a la reserva de sus comunicaciones personales y domicilio, pues fue obtenida con desconocimiento del debido proceso.

Ello, en virtud, a que la impulsora fue grabada «en su domicilio (lugar privado), sin su consentimiento y mientras sostenía una reunión con Harlinton Emir Lucumi Figueroa».

Lo que apunta a que dichos medios persuasivos no sean susceptibles de valoración, en razón a que constituyen una «prueba inconstitucional»

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

por ultrajar una preceptiva superior, es decir, estar contaminada por la «vulneración de un derecho fundamental», generando así una anulabilidad supralegal que conlleva su ineficacia e invalidez, en virtud del artículo 29 de la Constitución, el cual prevé una causal de nulidad específica que opera de pleno derecho (per se) y no es subsanable”.

Además, no puede perderse de vista que la regla 168 del Código General del Proceso impone **«rechazar de plano o in limine las pruebas ilícitas»**, ya que según se expone «El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles» (Negrillas y subrayado por la Sala)”.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia **SL1752-2021**, señaló:

“En este punto cobra especial relevancia el reproche de la censura que, aun sin ser contundente, insiste en que el Tribunal debió valorar la prueba de la grabación de la conversación que sostuvo el trabajador con un funcionario de la compañía en los días previos al despido que posteriormente fue sustituido por el acuerdo impugnado.

Sobre ello observa la Sala que, no solo la censura retomó los argumentos expuestos en las instancias sin verdaderamente exponer un error del Tribunal propio del análisis en la sede casacional, sino que **ratifica la forma subrepticia en la que obtuvo la grabación de aquella conversación en la medida en que admite que fue realizada sin el consentimiento del interlocutor para ser usada en su contra**. Por estas razones el juez de segunda instancia ratificó la decisión del juzgado que tuvo por ilegal aquella pieza probatoria y desestimó su contenido.” (Negrillas por la Sala).

#### **DEL CASO EN CONCRETO**

En el asunto sometido a estudio de la Sala, se debe dilucidar si en efecto entre las partes existió una relación regida por un contrato de trabajo, a partir de la prueba arrimada al proceso, que se circunscribe a la documental, a los interrogatorios de la parte actora y de la representante legal de **COOSERPARK S.A.S.**, y al testimonio de Analida Chitiva Poveda.

Al proceso se allegó la siguiente **prueba documental**:

- i) Dos videos grabados por Analida Chitiva Poveda, de forma subrepticia, en los que no se avizora el consentimiento de la persona que está siendo grabada,

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

señor Darwin Rodríguez, por lo que no se tendrá como prueba (fl. 1).

- ii) *Certificado médico ocupacional de ingreso* de Juan Carlos Ariza Mercado, del 25 de enero de 2013, en el que se plasma en el acápite de información de la empresa, la razón social **GESATH S.A.S.**, en la empresa **COORSERPARK**, y en el cargo Operador Logístico; documento que aparece suscrito por el demandante y por el médico, personas que de ninguna manera obligan al empleador, recuérdese que conforme al artículo 32 del C.S.T., son representantes del empleador, quienes ejercen funciones de dirección o administración, y los intermediarios (fl.22).
- iii) Minuta de seguridad de la sede las orquídeas de Capillas de la Fe, que no está suscrita y en la que además no se hace mención del nombre del actor (fls. 23 y 24).
- iv) Horarios de operadores logísticos de noviembre de 2013, documento que no es legible y además no está suscrito (fl.25).
- v) Aportes a seguridad social a pensión de los periodos de diciembre de 2013 a febrero de 2014, en favor del demandante en los que aparece como aportante, **AUSTRAL SERVICIOS TEMPORALES S.A.S.** (fls. 26 a 30).
- vi) Certificado laboral de **ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO**, en la que señala que el actor laboró a sus servicios del 01 de septiembre de 2014 al 02 de junio de 2015, a través de contrato de trabajo por obra o labor, para desempeñar el cargo de Operador Logístico (fl.31).
- vii) Historia Clínica Ocupacional de Preingreso del 12 de enero de 2016, en la que se dictamina que el demandante presenta una alteración de la pared

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

abdominal que le impide efectuar levantamiento de pesos superiores a 10 Kg (fls. 32 y 33).

- viii) Contrato de prestación de servicios exequiales de Gas Natural en el que aparece el logo de **COOSERPARK**, completamente vacío junto con un volante publicitario acerca de los planes de servicios exequiales que presta Capillas de la Fe (fls. 34 y 35).
- ix) Certificado de existencia y representación legal de **COOSERPARK S.A.S.**, en el que se establece que ésta tiene por objeto social, entre otros, la explotación, asesoría, distribución y venta de servicios funerarios, exequiales de inhumación de los seres humanos (fls. 54 a 60).
- x) Contrato de prestación de servicios temporales suscrito entre **CONSORCIO EXEQUIAL LTDA. y AUSTRAL SERVICIOS TEMPORALES S.A.S.**, en el que no se hace mención de suministro de personal a favor de **COOSERPARK S.A.S.** (fl.92 a 95).

Así mismo se recibió la **testimonial** de la señora **Analida Chitiva Poveda**, quien en su declaración afirmó que laboró durante cinco años con **COOSERPARK S.A.S.**, entre los años 2013 y 2018; que conoció al demandante porque este hacía el trabajo de seguridad y operador logístico de las diferentes sedes de la funeraria de Capillas de La Fe en Bogotá; que hacía la parte de asesoría de los planes exequiales; que al actor estaba pendiente de que las personas no fueran a robar, igualmente, de las personas que llegaban para llevarlos a las respectivas salas de velación, llenar minutas, verificar a las personas y sus maletas o bolsos, y hacer rondas por la funeraria para ver que todo estuviera bien en las salas de velación; que **COOSERPARK S.A.S.** es la coordinadora de parques cementerio, y Capillas de La Fe es quien presta el servicio funerario, pese a que siempre estaban unidas; que el señor Fabio Martínez era el encargado de la sede



Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

de la 68 con 30, quien hacía el control de las personas que fueran a trabajar allí, y el encargado de entregar al personal de seguridad los turnos de trabajo; que Adolfo Reyes era el dueño de **COOSERPARK** y Capillas de La Fe, que en los planes exequiales aparece el nombre de él como representante legal y propietario; que el actor trabajaba con Capillas de la Fe; que el jefe de seguridad y operación logística era Fernando Galindo y el jefe de la sede era Fabio Martínez; que la representante legal de **COOSERPARK** es Adelaida Paris; que el **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.**, es la misma Capillas de La Fe, y son quienes prestan el servicio funerario; que dentro de los cargos del **CONSORCIO EXEQUIAL** estaban los cargos de operadores logísticos y seguridad, los que manejan carrozas fúnebres y buses, los asesores de servicio y de protocolo, y que estaba adherida la fábrica de cofres; que **COOSERPARK S.A.S.**, es quien maneja la coordinación del parque de los cementerios, de manera que ésta es quien ofrece los planes exequiales y Capillas de La Fe, quien oferta los servicios funerarios; y que en el **CONSORCIO EXEQUIAL** es donde estaba el actor, donde le pagaban y le daban las órdenes.

En igual sentido, en **interrogatorio de parte**, el accionante señaló que prestó sus servicios en los establecimientos de comercio de Capillas de la Fe; que en **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.**, trabajó durante tres años y medio; que **COOSERPARK S.A.S.**, es quien vende los servicios funerarios; que el **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.** y **COOSERPARK S.A.S.**, son una misma empresa, pero que el primero, es el encargado de los trámites de las pólizas exequiales, y el segundo, ejecuta los servicios.

Pues bien. Evaluada en su conjunto la totalidad de la prueba arribada a las diligencias y conforme las reglas de la libre formación del convencimiento y la sana crítica, la Sala encuentra acierto en el fallo de primera instancia que negó las pretensiones del actor, por cuanto en realidad éste no cumplió con la carga de

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

probar los fundamentos de facto necesarios para declarar la existencia de un contrato de trabajo con **COOSERPARK S.A.S.**

En efecto, del acervo probatorio recaudado y estudiado en su integridad, no se encuentran fundamentos para afirmar que el señor Juan Carlos Ariza Mercado prestó personalmente un servicio a favor de **COOSERPARK S.A.S.**, puesto que, en el mejor de los casos y atendiendo el testimonio rendido por Analida Chitiva Poveda, únicamente se encontraría demostrado que el accionante prestó sus servicios como operador logístico y de seguridad al **CONSORCIO EXEQUIAL LTDA.**

Así las cosas, lo que se demostró en juicio es que el accionante prestó sus servicios a una empresa ajena a este proceso: **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.**, conforme la confesión en interrogatorio de parte de la activa y según se extrae del testimonio de Analida Chitiva Poveda, extrayéndose que dicha empresa era la que tenía los cargos de operador logístico y de seguridad, y **COORSERPARK S.A.S.**, era la empresa encargada de ofrecer planes exequiales.

Aunado a ello, en gracia de discusión, de tenerse en cuenta los videos grabados por Analida Chitiva Poveda y que se encuentran visibles a folio 1, los cuales contienen las declaraciones vertidas por el señor Darwin Rodríguez, tampoco se podría concluir que **COORSERPARK S.A.S.**, fuera el empleador del demandante, pues por el contrario, allí se dijo que el **CONSORCIO EXEQUIAL** era el que estaba a cargo de las funerarias, que el servicio de seguridad era propio del consorcio, y que la representante legal de **COORSERPARK S.A.S.**, si bien era socia y gerente del **CONSORCIO EXEQUIAL**, y por ende, una autoridad dentro del esquema de la empresa, quienes ejercían el control sobre el personal de seguridad era de forma directa

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

Manuel Martínez, y Fernando Galindo al estar al mando de la empresa de seguridad.

En todo caso, no encuentra la Sala que **COORSERPARK S.A.S.**, deba responder por las obligaciones laborales contraídas por el **CONSORCIO EXEQUIAL S.A.S.** pues pese a que ambas empresas pudieren tener socios compartidos, lo cierto es que para que se pueda deprecar solidaridad entre ellos, pretensión que ni siquiera se incoó en el libelo genitor, era imprescindible que se demostrara que **COORSERPARK S.A.S.**, se benefició del trabajo desarrollado por el actor, y que tal labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales, no obstante, y como quedó visto las labores del accionante estuvieron enfocadas a la prestación de sus servicios como operador logístico y de seguridad, labor que nada tenía que ver con la oferta de planes exequiales.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4928-2019, asentó:

“Como antes se aludió, las disposiciones acusadas, no consagran que las empresas de un grupo empresarial deban responder de manera solidaria por las obligaciones laborales que cada una de ellas contraiga con sus trabajadores, pues se refieren en su orden, a: la representación de los empleadores ante las autoridades (art. 33); los contratistas independientes (art. 34); los simples intermediarios (art. 35) y, a la responsabilidad solidaria de las sociedades de personas (art. 36).

Ahora bien, como el recurrente pretende se derive la responsabilidad solidaria entre las sociedades demandadas por haberse beneficiado de su labor como representante legal, además de lo expuesto al resolver el cargo anterior en lo atinente, conviene memorar lo dicho por la Sala en sentencia CSJ SL 35864, 1 mar. 2010, reiterada en la CSJ SL601-2018, así:

*Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.*

Demandante: JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.

Demandado: COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO  
S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS  
TEMPORALES S.A.

*Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales."*

Por lo brevemente expuesto, la Sala comparte la decisión fulminada por el A Quo y al no encontrar pruebas que derriben el fallo de primera instancia deberá CONFIRMARSE la sentencia.

#### VI. COSTAS

Costas a cargo de la parte actora.

#### VII. DECISIÓN

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

#### R E S U E L V E:

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

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

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

Demandante: **JUAN CARLOS ARIZA MERCADO.**

Demandado: **COORDINADORA DE SERVICIOS DE PARQUE CEMENTERIO  
S.A.S.- COORSERPARK S.A.S. Y GESATH SERVICIOS  
TEMPORALES S.A.**

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000  
a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**Magistrada ponente.**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA, MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ, LUISA FERNANDA LUCUMÍ CARABALÍ, JOSÉ EMIL LUCUMÍ CARABALÍ, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ** promoviesen contra **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad contra CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNÁNDO FRANCISCO CASTRO GALVIS, Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. HECHOS**

En lo que aquí concierne con la demanda, los demandantes pretenden que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **YEFERSON LUCUMÍ CARABALÍ** (q.e.p.d) y **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ** el cual inició el 02 de febrero de 2011; que el trabajador no fue afiliado a seguridad social; y que los demandados deben responder solidariamente por las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, la parte activa solicita el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante, daños morales de carácter objetivo y subjetivo, daños a la vida de relación, gastos funerarios, e indexación.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta, en síntesis, el fallecimiento de José Yeferson Lucumí Carabalí como ayudante de construcción y oficios varios al servicio de Hernán Darío Chavarría López, quien le ordenó prestar sus servicios en el Edificio Lily's que era administrado por Castro Hermanos Servicios Ltda, así como en la falta de pago de seguridad social, y en la omisión de vigilancia y control de la obra, capacitación, y suministro de elementos de protección adecuados.

#### **II. RESPUESTA A LA DEMANDADA.**

La sociedad **CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA.**, y los señores **FRANCISCO Y MAURICIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

**CASTRO GALVIS**, (fls.78 a 86) se opusieron a las pretensiones de la demanda. Propusieron las excepciones denominadas prescripción, cobro de lo no debido, culpa exclusiva de la víctima, falta de legitimación en la causa, y la genérica.

No aceptaron ningún hecho. En su defensa expusieron que no contrataron al accionante ni fueron beneficiados de alguna labor que éste hubiera podido desplegar, por demás que su actividad no está relacionada con la de Construcciones, Mantenimiento Preventivo y Correctivo a Cubierta.

Indicaron que los hermanos del causante ni sus padres se encuentran legitimados para efectuar alguna reclamación por el accidente sufrido por éste.

Finalmente expresaron que, en informe de Construcciones, Mantenimiento Preventivo y Correctivo a Cubierta, además de constar que eran ellos los que debían cumplir con todas las obligaciones laborales y de seguridad relacionadas con su personal, que nunca estuvo vinculado el causante con Hernán Darío Chavarría López.

**2.2. El EDIFICIO LILY'S P.H.**, (fls 127 a 132) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó ausencia de responsabilidad, falta de relación de causalidad entre la culpa y la pretendida indemnización, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa para demandar, culpa exclusiva de la víctima, ausencia de juramento estimatorio, y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a que José Yeferson Lucumí Carabalí desempeñó labores de construcción y oficios varios en



Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

las instalaciones del EDIFICIO LILY'S P.H.; que José Yeferson Lucumí Carabalí sufrió un accidente de trabajo el 04 de marzo de 2011 al interior de dicha unidad residencial; que el señor Lucumí Carabalí falleció como consecuencia del accidente de trabajo; que el levantamiento del cadáver estuvo a cargo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien estableció que la causa de la muerte fue por una caída en altura estando en el trabajo; que el causante fue encontrado con pintura blanca, arnés y guantes; que el conjunto residencial era administrado por CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., quien está integrada por HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS; que permitían el ingreso del exánime a las instalaciones del conjunto residencial; que la labor del causante era de alto riesgo; que conocían que las circunstancias ambientales comprometían la integridad y la salud del trabajador; y que no desembolsaron valor alguno por los gastos del funeral del difunto; y que no han pagado los salarios debidos por el fallecimiento del exánime.

En su defensa indicó, que el fallecimiento del causante no se debió a ninguna circunstancia relacionada con dicha propiedad, que se celebró contrato civil de obra con HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ, quien afirmó que asumía por su cuenta los materiales necesarios para cumplir con las condiciones contratadas para la realización de la obra, así como coordinaba todo lo relacionado con la mano de obra; y que el señor CHAVARRÍA LÓPEZ fue quien sostuvo un vínculo laboral con el causante.

Finalmente señaló que, el accidente se produjo única y exclusivamente por culpa o negligencia de la víctima, pues deliberada y temerariamente se expuso al peligro, poniendo en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

riesgo su vida y la de las personas en su entorno; que el causante fue dotado de todas las herramientas de trabajo, para poder realizar su labor, tales como, herramientas, guantes, arnés, y línea de vida, tal como lo certifica Medicina Legal, debieron usarse.

2.3. Por su parte, **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ** (fls 145 a 158) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de culpa patronal en accidente, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de acreditación de perjuicios susceptibles de ser reparados, cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

Aceptó q fecha de nacimiento del causante ; afirmó que no ha desembolsado a los demandantes los gastos en que incurrieron en el funeral del causante; y que no han pagado los salarios debidos por el fallecimiento del exánime.

En su defensa arguyó que nunca celebró contrato de trabajo con José Yeferson Lucumí Carabalí, que su presencia en el sitio de trabajo donde aconteció el accidente no fue informada, consentida o admitida, por demás que, nunca asumió pago de salario o emolumento alguno al fallecido, quien "al parecer" - dice - era un ayudante del señor Leiner Stiven Calvache Jiménez.

Finalmente expuso que, debe acreditarse la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe existir una culpa lo suficiente comprobada del empleador; que la carga de probar la existencia de un contrato de trabajo recae en el trabajador; que de acreditarse lo anterior,

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

según informe de Medicina Legal el causante contaba con elementos de protección en las actividades que estaba ejecutando informalmente al servicio de Leiner Calvache; y que no se evidencia que el deceso hubiera acaecido por la presencia de obstáculos, por la falta de señalización de seguridad, o cualquier otra causa que pudiera imputársele.

**2.4.** La llamada en garantía por parte del EDIFICIO LILY'S P.H, esto es la sociedad **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**, señaló que no se encontraba minimamente acreditada la responsabilidad de los demandados en la generación de las condiciones que dieron origen al accidente, más aún cuando según lo narrado por las demandadas se evidencia una culpa exclusiva de la víctima.

Afirmó que no es posible verificar responsabilidad en cabeza de la propiedad horizontal demandada con ocasión de la muerte del señor Lucumí Carabalí, por lo que en tal sentido se configura una falta de legitimación por pasiva, más aún cuando el señor Chavarría López organizó directamente el trabajo de sus colaboradores con total autonomía administrativa, técnica, y directiva, asumiendo todos los riesgos que la realización de la labor contratada implicaba.

Agregó que, la solidaridad no aplica para la indemnización de perjuicios que se derive del artículo 216 del C.S.T, según criterio de la Corte Suprema de Justicia; y que es necesario acreditar el nexo causal entre el daño y la culpa del patrono.

Finalmente, y frente al llamamiento en garantía dijo que únicamente amparó los riesgos del EDIFICIO LILY'S P.H., siempre y cuando se tratara de sus trabajadores, en su condición de empleador, no de terceros; que únicamente cubre riesgos por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

concepto de seguridad social y prestaciones sociales; que su responsabilidad se encuentra limitada al valor de la suma máxima asegurada; y que la prescripción de estas acciones es de dos años contabilizando del desde que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El A quo dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis refirió que, el acervo probatorio no da certeza de la existencia de un contrato de trabajo entre Yeferson Lucumí Carabali y Hernán Darío Chavarría, así como tampoco sus los extremos temporales, especialmente el inicial; ni de que el causante hubiese sido contratado por Hernán Darío Chavarría ni que hubiese confesión en tal aspecto.

Expresó, que no existe prueba de la que se pueda derivar que el accidente de trabajo fue con ocasión de una labor contratada por Hernán Darío Chavarría, por demás que, cualquier accidente que no sea calificado como de origen laboral, se entiende de origen común, según la Ley 1295 de 1994, a menos que se pueda establecer nexo causal, lo que no se logró demostrar.

Indicó que, pese a que la documental de folios 396 a 413 no fue incorporada al plenario, de su análisis se puede extraer que fue Leiner Calvache quien llevó al causante a laborar al Edificio Lily's PH.

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

En cuanto a la solidaridad pretendida con la demanda, afirmó que esta no se puede deprecar a menos que se declare la existencia de un contrato de trabajo.

Finalmente explicó que no resultaba posible afirmar que hay lugar al reconocimiento de la indemnización del artículo 216 del C.S.T, en la medida que, es carga de la parte actora demostrar el incumplimiento patronal y el nexo causal con el accidente. Lo anterior por cuanto, dijo, brillan por su ausencia elementos fácticos en la demanda que permitan al juzgador analizar si el accidente ocurrió por culpa del empleador, así como que se hubiera delimitado las circunstancias que generaron el accidente; y que por lo anterior, no es posible establecer que haya acontecido por la carencia de los elementos de trabajo o que estuvieran en mal estado.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA**

**LA PARTE DEMANDANTE** expuso que la sentencia resulta contraria a la Constitución Política y a la legislación laboral, dado que no se ajusta a lo que se demostró a través del acervo probatorio, dado que, de los interrogatorios y testimonios, y en especial el del testigo Leiner Calvache, se puede extraer que el causante laboró con Hernán Darío Chavarría, a través de contrato de trabajo verbal y que fue contratado para oficios varios cumpliendo horario de trabajo.

Enunció que el contrato de trabajo se presume y que la presunción no ha sido desvirtuada por quien fungió como empleador, más aún si se tiene en cuenta que falleció desempeñando su labor.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Agregó que, está demostrado que la propiedad horizontal demandada contrató a HERNÁN DARÍO CHAVARRIAGA LÓPEZ para efectuar labores de pintura y mantenimiento de fachada, sin embargo, éste último no demostró los elementos de protección para el cumplimiento de sus funciones.

Finalmente expresó, que por lo anterior se debe declarar la solidaridad, pues el administrador debe velar por la conservación y mantenimiento de los bienes comunes, así como la tranquilidad de los usuarios en su convivencia.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación, luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados del extremo pasivo.

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

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

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

resolver se circunscriben a determinar si existió un contrato de trabajo entre Yeferson Lucumí Carabalí (q.e.p.d) y Hernán Darío Chavarría López?; y de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 216 del C.S.T? y si deben los demás demandados responder en solidaridad.

### **DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO.**

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo<sup>1</sup>, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo<sup>2</sup> y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre muchas otras.

Para verificar si la activa acreditó la existencia de la prestación personal del servicio, la Sala se apresta a analizar el caudal probatorio, encontrando en primer lugar, **la documental** de folios 12 a 26, 33, 34, 93 a 96, 338 a 340, 344 a 363 con la cual se acredita el registro civil de defunción del causante Lucumí Carabalí, el informe pericial de necropsia del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la noticia criminal, los correspondientes registros civiles de nacimiento de los demandantes, constancias de no conciliación, gastos funerarios, reglamento interno de trabajo, y reglamento de higiene y

---

<sup>1</sup> Artículo 23 C.S.T.

<sup>2</sup> Artículo 24 ídem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

seguridad industrial; no obstante de dicho acervo probatorio no se logra extraer que hubiese prestación personal del servicio del causante a favor del demandado Hernán Darío Chavarría López u otro.

Igualmente, a folio 87 a 90 obra el contrato civil de obra para el mantenimiento e impermeabilización de fachadas, mantenimiento preventivo y correctivo a cubierta, el cual fue celebrado entre Hernando Castro como representante legal de Edificio Lily's y Hernán Darío Chavarría López, estipulación en la que únicamente se estableció que éste último se comprometía a ejecutar la mano de obra y compra de materiales para lavado e impermeabilización de fachada, sin establecerse qué trabajadores llevarían a cabo esa labor.

Por su parte, en la respuesta al oficio obrante a folios 102 y 103, el co-demandado Hernán Darío Chavarría López señaló que, los dos trabajadores delegados para la obra ejecutada en la propiedad horizontal demandada eran los señores Leiner Calvache y Luis Argote, quienes contaban con seguridad social y riesgos profesionales; y que en relación con Yeferson Lucumí, quien lo ingresó -dijo- fue Leiner Calvache, quien si bien le informó que aquél le iba a ayudar era únicamente para tapar matas y pasarle algunas cosas.

Así mismo, a folios 326 a 337 obra dictamen pericial, en cual se hizo versar únicamente sobre la cuantificación de perjuicios; y a folio 364 se avizora certificación en la que se señala que José Yeferson Lucumí Carabalí no laboró para Castro Hermanos Servicios Integrados Ltda.



**Demandante: LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

**Demandado: HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Ahora bien, y en relación con los **interrogatorios de parte**, se encuentra que al unísono todos los codemandados, esto es: el señor Hernán Darío Chavarría López, la representante legal de Edificio Lily's, Hernando y Mauricio Castro Galvis negaron que el señor José Yeferson Lucumí Carabalí hubiese trabajado con alguno de ellos.

En efecto, Hernán Darío Chavarría López adujo que, José Yeferson Lucumí Carabalí no estaba autorizado para trabajar en la obra; que aquél estuvo trabajando para él en una obra de la carrera 94 y 91, pero en labores de limpieza; que fue su trabajador Leiner Calvache quien le comentó que lo había empezado a llevar a la obra, empero, que lo que dijo es que no tenía seguro ni experiencia; que Leiner Calvache dijo que lo iba a llevar para que le ayudara a prender una máquina; y que después, por sus obligaciones no se percató si José Yeferson Lucumí Carabalí estaba acudiendo a la obra o no, siento enfático, a lo largo del interrogatorio en señalar que no contrató al joven.

La representante legal de Edificio Lily's mencionó que, no tenía ningún conocimiento de las funciones que realizaba José Yeferson Lucumí Carabalí; que entendía que las funciones eran las que dijera el señor Echavarría; que lo que observaba era el lavado e impermeabilización de fachadas; y que la propiedad horizontal solo supervisaba la obra, miraba su avance, pues el control lo tenía el señor Echavarría. De igual manera, Hernando y Mauricio Castro Galvis, señalaron que José Yeferson Lucumí Carabalí falleció prestando sus servicios en una obra de limpieza de fachadas que fue encargada a Hernán Darío Chavarría López; que para el contratista era requisito el pago de aportes al sistema de seguridad social; y que entendían que el José Yeferson Lucumí

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Carabalí debía hacer las funciones que le dijera el contratista Echavarría.

Por otra parte, compareció a rendir **testimonio Sandra Patricia Díaz Pardo**, quien señaló que únicamente fue la persona encargada de realizar la necropsia del occiso José Yeferson Lucumí, señalando las causas del accidente.

Del mismo modo, compareció el señor **Leiner Estiven Calvache Jiménez**, quien sí fue enfático en señalar que quien contrató al causante fue Hernán Darío Echavarría para la labor de oficios varios como pintar, limpiar vidrios, prender y apagar una máquina de lavado en un horario de 7:00 AM a 5:00 PM. Sin embargo, dicho testigo resulta ser precisamente el que el codemandado Hernán Darío Chavarría López señala como el responsable de llevar a la obra a José Yeferson Lucumí Carabalí, únicamente para que le ayudara a prender una máquina, motivo por el cual su testimonio se analiza con mayor rigurosidad y de conformidad con la libre formación del convencimiento según las reglas de la sana crítica conforme al artículo 61 del C.P.T y de la S.S.

En virtud de lo anterior, de conformidad con los arts. 48 y 54 del C.S.T., y 83 del C.P.T.S.S., en todo caso atendiendo a que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, la Sala consideró necesario para resolver puntos oscuros de la litis, decretar de oficio las documentales de folios 395 a 413, (ver al respecto Sentencia del 10 de mayo de 1991, Rad. 4256, de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, reiterada en la SL491-2021)

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Por tanto, y estudiadas las documentales agregadas de folios 395 a 413 se encuentran dos **entrevistas** rendidas ante Investigador Criminalístico del **C.T.I:** ala del codemandado **Hernán Darío Chavarría López** y la de **Leiner Estiven Calvache Jiménez-**, testigo en el presente proceso.

En aquella oportunidad - entrevista realizada el 4 de marzo de 2011, el primero de ellos (CHAVARRIAGA LÓPEZ) declaró espontáneamente, que celebró contrato civil con el Edificio Lily's que tenía por objeto el lavado de fachada; que para esta labor subcontrató a Leiner Calvache y a Luis Aldana Argote; que cuando se terminó el emboquillado, lavado, e hidrofugado que era la parte más compleja de la obra, dejó de efectuar supervisión; que Luis Aldana Argote se fue a trabajar a otra obra, quedando únicamente Leiner Calvache, quien lo llamó a su celular, y le dijo que necesitaba un compañero para avanzar en la obra; a lo cual este le indicó *"que utilizara el muchacho que él conocía"*; que regresó como a los tres días donde vio a Leiner Calvache con el causante, saludándolo; a renglón seguido relata: "le pregunté a Leiner si Jefferson hoy occiso sí tenía algún tipo de seguridad social y dijo que tenía SISBÉN, le pregunté a Jefferson y me dijo que tenía efectivamente SISBÉN, **dije que yo tenía que afiliarlo a seguridad social porque el contrato del edificio lilis me lo exigía**, eso hace como 25 días, Jefferson siguió trabajando en el edificio, con las instrucciones que debían trabajar todo el tiempo con su equipo de seguridad como es su arnés de seguridad, slingo y la línea de vida, medidas de seguridad que tuvo en cuenta al momento del accidente (...) **con relación a la afiliación a la seguridad social, por mis múltiples ocupaciones no lo afilié(...)**" (fls. 399 y 400).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

El segundo (CALVACHE JIMÉNEZ, en entrevista realizada también el día 4 de marzo de 2011, señaló que trabajaba desde hace mucho tiempo con Hernán Darío Chavarría López, siendo llamado por él para llevar a cabo limpiezas de fachada en el Edificio Lily's junto con Luis Alfonso Aldana, quien se retiró y no volvió más a trabajar; que luego de unos días se encontró con José Yeferson Lucumí, quien era su vecino y amigo, y le preguntó por trabajo, a lo que le interrogó si tenía experiencia en alpinismo, y éste dijo que sí; que le comentó a Hernán Chavarría la situación de José Yeferson Lucumí, y él dijo "que sí podía trabajar conmigo pero que tenía que asegurarlo"; que le comentó a Hernán Chavarría "que Yeferson necesitaba el trabajo y que yo lo necesitaba para que me ayudara, y Hernán *me dijo que bueno, que trabajara, eso me dijo que trabajara y ya*"; que por ello, empezó José Yeferson Lucumí a trabajar y alcanzó a hacerlo durante más de un mes; así mismo frente a la remuneración por los servicios indicó "**a nosotros nos pagaban semanal, Hernán me dejaba el dinero y yo le pagaba a Yefersson lo que le correspondía (...)**" y que luego del accidente vio que los lazos estaban bien amarrados y el ocho estaba prensado al lazo, pero que la línea de la vida no fue utilizada (fls. 401 a 404).

Pues bien, evaluado el material probatorio la Sala considera, a diferencia de lo que estableció el A quo, que en el plenario sí está demostrado el elemento esencial de la prestación personal del servicio del señor José Yeferson Lucumí Carabalí a favor de Hernán Darío Chavarría López. Lo anterior, pues los testimonios y los interrogatorios llevados a cabo en la primera instancia (a excepción del de Chavarría López) dan cuenta efectiva del trabajo personal que realizó Lucumí Carabalí en la propiedad horizontal EDIFICIO LILI'S. Pero, si lo anterior no fuese suficiente, debe decirse que, pese a que en la instancia

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

judicial el demandado Hernán Darío Chavarría López, negó rotundamente la existencia de un vínculo con el fallecido Lucumí Carabalí, lo cierto es que de manera espontánea en declaración rendida ante el Cuerpo de Investigación Técnica de la Fiscalía General de la Nación, - **C.T.I.** - **el mismo día del accidente**, este de manera clara explicó las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se dio, no solo la contratación del trabajador sino la ejecución de la labor, así como el accidente de trabajo; prueba esta que para la Sala se torna relevante para desatar la controversia en lo pertinente al provenir del mismo demandado.

En tal sentido opera la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, correspondiéndole a la pasiva desvirtuar el elemento de la subordinación, lo que de entrada se avizora no se logró, pues conforme a las pruebas citadas, en especial la entrevista rendida ante Investigador Criminalístico del **C.T.I** por parte de CHAVARRÍA LÓPEZ, se logra establecer no solo la prestación personal del servicio en su favor, sino además, la subordinación que este ejerció sobre el causante además del pago del salario por dicha actividad, esto último, conforme la declaración rendida ante el **C.T.I** por el señor Calvache Jiménez, quien fue compañero de trabajo del causante y presenció de manera directa los acontecimientos alrededor no sólo de la vinculación laboral sino del deceso de Lucumí Carabalí.

Adicionalmente, la representante legal del Edificio Lily's, y los señores Hernando y Mauricio Castro Galvis fueron contestes en manifestar que el control del causante lo debía realizar Hernán Darío Chavarría, y la primera incluso manifestó que las órdenes las daba éste, lo que también manifestó en su declaración Leiner Calvache.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Así las cosas, se **REVOCARÁ** la sentencia, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre José Yeferson Lucumí Carabali del 04 de febrero al 04 de marzo de 2011, vinculación que terminó por el fallecimiento de éste, y que se originó en un accidente de trabajo.

#### **DE LA PRESCRIPCIÓN.**

Teniendo en cuenta que el siniestro que se estudia ocurrió el 04 de marzo de 2011 y que se demandó el 15 de enero de 2013 (fl.65), esto es, dentro de los tres años siguiente a la ocurrencia de este, se considera que no operó el fenómeno extintivo. Lo dicho, conforme al artículo 151 del C.P.T y de la S.S, y 488 y 489 del C.S.T. Consecuentemente procede el estudio de las demás pretensiones de la demanda habida cuenta de la exigibilidad de la obligación al momento de presentar la demanda judicial.

#### **DE LA CULPA PATRONAL.**

El artículo 216 del C.S.T. consagra la indemnización plena de perjuicios con ocasión de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que sufra el trabajador. A diferencia de las prestaciones económicas otorgadas por las A.R.L., este tipo de indemnización entraña un elemento esencial de constitución, que es la demostración de la responsabilidad subjetiva del empleador en la ocurrencia del *in suceso*.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, ha adocinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de

**Demandante: LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

**Demandado: HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019).

En cuanto a la carga de la prueba la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta. No obstante, ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (SL13653-2015, SL7181-2015, SL7056-2016, SL12707-2017, SL2206-2019, SL2168-2019, SL5154-2020).

Al respecto, encontramos que en la demanda se manifestaron las siguientes omisiones:

- Los demandados omitieron coordinar la obra o labor.
- Los demandados omitieron vigilar la obra o labor.
- Los demandados omitieron controlar la obra o labor.
- Los demandados omitieron controles sobre la obra o labor.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

- Los demandados no controlaron ni vigilaron las condiciones en las cuales el trabajador debía desempeñar su labor.
- Los demandados no adiestraron ni capacitaron al trabajador en la función o labor que debería desempeñar.
- Los demandados privaron al trabajador de suministrar una inducción completa, íntegra, información permanente para la prevención de cualquier riesgo al que podía estar expuesto.
- Los demandados no suministraron los elementos de protección de personal de calidad y seguros que requería la labor.
- Los demandados se sustrajeron de la obligación de entregar todos los implementos de seguridad social
- Los demandados no garantizaron las condiciones de salud mínimas y la integridad física del trabajador en el lugar donde prestó sus servicios.

Dicho lo anterior, era carga del empleador acreditar que no incurrió en las omisiones que se le endilgan, recuérdese que la diligencia y cuidado de los empleadores, según la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, recae en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes; ello por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad



Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01  
Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**  
Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

de los mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989 (estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014)

En ese mismo sentido, señala la H. Corte que en dichos procesos lógicos de prevención es obligación de los empleadores identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales a los cuales puede estar expuesto un trabajador. Para ello, los empleadores tienen deberes (i) genéricos, (ii) específicos y (iii) excepcionales. Los primeros están vinculados a las obligaciones generales de prevención que tiene el empleador en toda relación de trabajo, tales como el deber de información, de ejecución de medidas de protección y prevención de los riesgos laborales, identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos laborales, conforme lo disponen los artículos 21, 56 y 58 del Decreto 1295 de 1994, 57 del C.S.T, entre otros.

Por su parte, los deberes específicos tienen relación con los deberes concretamente establecidos en la ley y que reglamentan las obligaciones generales de prevención frente a la realización de una tarea puntual. Los deberes excepcionales son aquellos que, si bien no están contemplados como un deber específico en cabeza del empleador, las circunstancias en las cuales se da la exposición a un riesgo obligan a este último a tomar medidas especiales de prevención y protección (SL16367-2014).

Por lo anterior, señala la H. Corte Suprema de Justicia "corresponde a los empleadores en este panorama general cumplir sus deberes genéricos, específicos o excepcionales, con miras a prevenir, identificar y evaluar los riesgos potenciales, así

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

como determinar los controles adecuados en el medio, en la fuente y la persona, dado que sobre estos se construye el análisis de la adecuada diligencia y cuidado en su deber de prevención y protección de las personas trabajadoras”.

Ahora bien, y en relación con el trabajo en alturas la pluricitada sentencia SL5154-2020, señala que tal labor por sí misma tiene un alto riesgo potencial y por ello los deberes y controles que deben considerarse para su ejecución se han incrementado progresivamente. Ello inició con la expedición de las Resoluciones 2400 y 2413 de 1979, la aprobación del Convenio 167 de la OIT (1988) a través de la Ley 52 de 1993, sobre seguridad y salud en el trabajo del sector de la construcción, así como en los reglamentos técnicos de trabajo seguro en alturas por medio de las Resoluciones 3673 de 2008 y 1409 de 2012, y aquellos relativos a la acreditación de la idoneidad del personal que realiza estos trabajos riesgosos y la necesaria formación que debe impartirse para su ejecución, Resoluciones 0736 y 2291 de 2010, 1903 de 2013, 3368 de 2014 y 1178 de 2017.

En lo que se refiere a la legislación vigente al momento en que ocurrieron los hechos, (4 de marzo de 2011) la Resolución 2400 de 1979 en sus artículos 188 a 192 exige a los empleadores deberes específicos de implementar controles en el medio, la fuente y la persona dirigidas a minimizar la potencialidad de ocurrencia de este. Así, señaló la necesidad de implementar mecanismos estructurales para evitar las caídas, adecuar líneas de vida, suministrar elementos de protección personal y ejercer vigilancia continua por parte del empleador sobre el cumplimiento de estos controles.

**Demandante: LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

**Demandado: HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Así mismo, el artículo 12 de la Resolución 2413 de 1979 - Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción-, estipuló que el empleador a través de su personal directivo, técnico y de supervisión debía cumplir ya sea personalmente o por delegación las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como la obligación de instruir a sus trabajadores acerca de los riesgos inherentes al trabajo, suministrarles los equipos de protección adecuados y acordes a la naturaleza del riesgo de laborar en alturas y vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad. Incluso, según el convenio 167 de la OIT los empleadores deben "interrumpir las actividades" que comprometan la seguridad de las personas trabajadoras en caso de que no se adopten las medidas correctivas, bajo la idea central que en el trabajo debe anteponerse la vida y la seguridad de los trabajadores frente a otras consideraciones (SL9355-2017).

Así las cosas, evaluado el material probatorio, no considera la Sala acreditado por parte de la pasiva que se hubiera cumplido con los controles relacionados. En efecto, no se encuentra que el empleador hubiera capacitado al trabajador fallecido sobre las actividades que iba a realizar, así como tampoco se encuentra del acervo probatorio narrado que hubiese ejercido los controles adecuados ni que se le hubiera exigido el acatamiento de las correspondientes normas de seguridad respecto de la tarea que iba a desarrollar José Yeferson Lucumí Carabalí, por el contrario, únicamente se evaluó por parte del señor Hernán Darío Chavarría que tuviera someramente algún tipo de experiencia en la labor que iba a desarrollar, así como si estaba afiliado a seguridad social, pese a que se estaba frente a una labor que registra índices tan elevados de accidentalidad y muerte, tal y como lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

**Demandante: LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

**Demandado: HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

expresa la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16102-2014.

En este punto podría contraargumentarse que el trabajador pudo ser imprudente en la ejecución de la actividad, pues no sujetó el tercer lazo, la línea de la vida, sin embargo, incluso aceptando en gracia de discusión esta hipótesis, lo cierto es que al confluir simultáneamente una evidente falta de diligencia y cuidado por parte del empleador, la responsabilidad de este último no desaparece porque en materia laboral, la concurrencia de culpas no es un eximente, tal y como lo tiene señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (SL5463-2015, SL9355-2017, SL2824-2018, SL1911-2019, SL4570-2019, SL2335-2020, SL5154-2020).

En esa perspectiva, la hipótesis relativa a que el accidente ocurrió por un hecho exclusivo de la víctima no tiene asidero alguno, pues solo tendría la virtualidad de romper el nexo causal si la pasiva hubiese demostrado que el accidente se presentó aun de no haber concurrido su omisión en ejercer los controles para realizar la tarea impartida, lo que no acontece en este caso porque se explicó, el siniestro tuvo una estrecha relación causal con el notorio descuido empresarial; nótese que el empleador ni siquiera había cumplido con su deber de afiliar al trabajador a seguridad social, de brindarle algún tipo de capacitación, de verificar si realmente tenía la experiencia para desarrollar la labor, así como de supervisar su labor.

En el anterior contexto, es suficiente para considerar que el empleador incurrió en la culpa del art. 216 del CST, por lo que, se procederá a estudiar los perjuicios a los que se aspira con la demanda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01  
Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**  
Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

**DE LOS PERJUICIOS MATERIALES, PERJUICIOS MORALES, Y DAÑO A LA VIDA RELACIÓN.**

Frente a la legitimación, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que toda persona diferente del trabajador, que tenga una relación jurídica con este y acredite haber sufrido un daño cierto en sus condiciones materiales o morales, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez generadas con el infortunio laboral, en el cual haya mediado culpa suficientemente comprobada del empleador, está legitimada para solicitar el reconocimiento de la indemnización plena de perjuicios (sentencia del 06 de marzo de 2012, rad. 31948, SL13074-2014 y CSJ SL7576-2016).

Dicho lo anterior, en el proceso se encuentra acreditado que los aquí demandantes son los padres y hermanos del causante, (fls.11, 23 a 26) luego, se evidencia su legítimo interés en el reclamo de los daños que pretenden sean resarcidos.

**Frente al daño emergente.** La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en la sentencia SL2206-2019, señaló que para que haya lugar a ella, se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.

Al auscultar todo el acervo probatorio, se encuentra que lo único que se encuentra acreditado por tal concepto fue **el pago** por parte del señor Leomedes Lucumí Ambuila de las sumas de \$992.000, \$1'155.000, y \$2'700.000, esto es, **\$4'847.000.00**, por concepto de gastos funerarios de su hijo fallecido (fls.338 a 340);

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

misma suma que se estableció por parte del perito Darly Luepke obrante a folios 326 a 337 y que la Sala encuentra ajustado a derecho. Por tanto, se ordenará su reconocimiento *debidamente indexado*.

**En cuanto al lucro cesante - consolidado y futuro -**. La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en sentencias como la del 06 de marzo de 2012, rad. 31948 y del 15 de octubre de 2008, rad. 2997, reiteradas en la SL5154-2020, que quien reclame perjuicios en la modalidad de lucro cesante debe probar la lesión del derecho surgido de la relación de interés con la víctima, esto es, demostrar la dependencia efectiva de su subsistencia, total o parcial, con respecto del causante, excepto que se trate de obligaciones que emanan de la propia ley, como por ejemplo las alimentarias; que el resarcimiento no es solamente para quien dependa absolutamente del causante, sino también de quien tuviera algún tipo de ayuda; y que la afectación puede ser parcial, si el auxilio o contribución se destinaba a algunos gastos, con una suma fija, o para unas determinadas necesidades, de modo que el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o, se recibe en menor proporción.

Así las cosas, y descendiendo al caso, del acervo probatorio recolectado no se avizora que los demandantes dependiesen del causante de forma total o parcial, nótese como ninguno de ellos en sus interrogatorios de parte manifestó que el causante fuera quien proveyera los gastos del hogar - con excepción de José Alfer Lucumí Carabalí, quien adujo que los gastos del hogar se asumían entre todos - pues por el contrario, de las declaraciones de María Argenis Carabalí Carabalí y José Emil Lucumí Carabalí se desprende que quien asumía los gastos del hogar era Leomedes

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Lucumí Ambuila, quien además puso de presente su condición de trabajador.

En cuanto a la declaración de José Alfer Lucumí Carabalí si bien manifestó que en el hogar todos se colaboraban económicamente, su dicho no encuentra respaldo probatorio en alguna otra prueba que pueda respaldar su afirmación, motivo por el cual no es posible considerar la ayuda del causante al hogar, así como su periodicidad.

De otro lado, en cuanto a lo que el dictamen de folios 326 a 337, cuantificó frente a este ítem, debe decirse que, a juicio de la Sala el mismo no tuvo en cuenta las directrices dadas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que, en tal sentido no se comparte lo que allí quedó establecido frente a los valores de lucro cesante. Recuérdese que la labor del perito no se extiende a recaudar pruebas o suplir la actividad probatoria de las partes y como ya se indicó en líneas anteriores de esta decisión, el proceso adolece de prueba alguna que documente un daño o perjuicio causado a **los demandantes** en la modalidad de lucro cesante. (SL1753-2018).

**Frente a los perjuicios morales.** Al punto, sea lo primer aclarar que lo que se denomina en la demanda daños morales objetivos y subjetivos hoy hacen parte de una misma categoría denominados daños morales. Ahora bien, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, este tipo de perjuicio se encuentra revestido por una presunción hominis, según el cual la prueba de su existencia dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo, no de manera arbitraria sino como resultado de una deducción cuya fuerza demostrativa encuadra en clarísimas reglas o máximas de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01  
Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**  
Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

la experiencia de carácter antropológico y sociológico, que le permite dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge” (SL13074-2014, SL4913-2018, SL2206-2019, y SL5154-2020).

No existe duda que el fallecimiento del causante generó aflicción e impacto emocional en sus padres y hermanos, por lo que, para cuantificar el perjuicio, la Sala en uso de su arbitrio iudicis considera razonable imponer los siguientes montos:

| Nombre                          | Vínculo | Monto    |
|---------------------------------|---------|----------|
| Leomedes Lucumí Ambuila         | Padre   | 50 SMLMV |
| María Argenis Carabalí Carabalí | Madre   | 50 SMLMV |
| Luisa Fernanda Lucumí Carabalí  | Hermana | 25 SMLMV |
| José Emil Lucumí Carabalí       | Hermano | 25 SMLMV |
| José Alfer Lucumí Carabalí      | Hermano | 25 SMLMV |

**Frente al daño a la vida de relación.** Al respecto sostiene la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia que deben probarse (SL2206-2019), no obstante, no hubo actividad probatoria de la parte actora que dé cuenta de que la pérdida de José Yeferson Lucumí Carabalí, le haya generado a alguno de los demandantes una imposibilidad de poder realizar actividades placenteras en el futuro, o lo que es lo mismo, no lleva inexorablemente a pensar que el infortunio fue de tal magnitud, que les es imposible desarrollar sus proyectos de vida.

**DE LA SOLIDARIDAD.**

El artículo 34 del C.S.T establece que será solidariamente responsable de salarios, prestaciones, e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, los beneficiarios del trabajo o dueños de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.



Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Por tanto, lo que interesa para que opere la solidaridad prevista es que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores, supuesto. Al respecto, se puede consultar las sentencias del 10 de marzo de 2009, rad. 27623, 26 de octubre de 2010, rad. 35392, y SL4192-2019.

En el caso bajo estudio , lo que se pretende en la demanda es la solidaridad con la totalidad de los demandados, no obstante, habrá de decirse, frente a **CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA.**, que esta persona jurídica no hizo parte de la contratación que aquí se debate, pues quien realizó tal acto, fue el señor **HERNANDO CASTRO** como representante legal del **EDIFICIO LILY'S P.H** (fls. 87 a 90) con la persona natural **HERNÁN DARÍO ECHAVARRÍA**.

Al respecto, se aclara que si bien el señor **HERNANDO CASTRO** es socio de **HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA.**, y que ésta es la empresa representante legal de **EDIFICIO LILY'S** (fl.101), no por ello se le puede endilgar responsabilidad en solidaridad, pues la facultad de contratación de determinados servicios del representante legal no lo convierte en responsable de las obligaciones que contrate a nombre de la persona jurídica o como es el caso, de la propiedad horizontal, dado que quien actúa como contratante es la empresa, el administrador o gerente es apenas un mandante que se encarga de facilitar los procesos legales y administrativos del negocio, más no asume responsabilidad respecto a las obligaciones que le son propias como contratante, las que, en todo caso, en gracia de discusión deben ser definidas en un proceso ordinario civil y no laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte suprema de justicia en varias oportunidades, entre ellas en la sentencia SL3901-2018, señaló que *"quien actúa como empleador es la empresa o la persona natural del negocio; el administrador o gerente es apenas un intermediario o incluso mandante que se encarga de facilitar los procesos legales y administrativos del negocio, más no asume responsabilidad respecto a las obligaciones que le son propias del empleador"*. Asimismo, sostuvo que, *"un administrador hace parte del andamiaje social y operativo de la empresa y, al ejercer la subordinación y el control propios del empleador sobre sus trabajadores, simplemente lo representa, pero no lo sustituye en el contrato de trabajo, ni genera algún ente social nuevo."*

Ahora, y en relación con **EDIFICIO LILY'S**, el artículo 85 de la Ley 675 de 2001 señala que, las unidades inmobiliarias cerradas tienen a su cargo las obligaciones de mantenimiento, reparación y mejoras de las zonas comunes y del espacio público interno, por manera que, las labores que fueron desarrolladas por José Yeferson Lucumí Carabali tienen relación, conexidad o complementariedad con actividades que le eran propias al Edificio Lily's, por manera que, debe responder solidariamente por las condenas que se impusieron a quien resultó empleador, esto es, **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ** y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

#### **DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

Al respecto observa la Sala la **póliza de seguro 1002112** que fue allegada al plenario a folios 288 a 306, en la que se establece el amparo de riesgos a favor del Edificio LILY'S P.H.,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01  
Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**  
Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

por el tiempo del 30 de julio de 2010 al 30 de julio de 2011, período en que ocurrió el siniestro.

La mencionada póliza 1002112 señala en el acápite denominado “Amparo Opcional Responsabilidad Civil Extracontractual” que se obliga a indemnizar los perjuicios patrimoniales y morales, los daños materiales y las lesiones personales que la copropiedad asegurada cause a terceros durante la vigencia de la póliza, por los cuales sea civilmente responsable de las leyes colombianas, entre otras, como consecuencia de “la responsabilidad civil de la copropiedad en general como consecuencia de trabajo que realicen contratistas o subcontratistas de la copropiedad asegurada, exceptuando los que realicen empresas de vigilancia y celaduría bajo contrato con la copropiedad en general”.

Del mismo modo, en la documental de folio 289 se tiene que la Aseguradora llamada en garantía otorgó una cobertura por tal concepto por la suma de **\$25'000.000**, por lo que se ordenará a la llamada en garantía el reconocimiento de tal valor a favor de quien resultó beneficiaria de la póliza, esto es, EDIFICIO LILY'S PH., decisión que se robustece y encuentra respaldo en la sentencia SL3697-2020.

Frente a la prescripción, encuentra la Sala que la misma no operó en favor de la aseguradora, dado que el conflicto estuvo dirigido a procurar la indemnización plena de perjuicios generados con ocasión de un accidente en el cual medió la culpa de un empleador, gobernado por disposiciones propias de la disciplina del trabajo que conceden un término trienal para el ejercicio de las acciones laborales, que en el sub lite, como quedó dicho, no ha transcurrido (SL1110-2018 y SL3697-2020).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

## **VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en ambas instancias, al demandado **HERNÁN DARÍO ECHAVARRÍA LÓPEZ y al EDIFICIO LILY'S PH.**, a favor de la parte actora. En igual sentido, se condenará en costas en ambas instancias a la llamada en garantía a favor de Edificio Lily's PH, al resultar vencida frente a su relación con ésta.

## **VIII. DECISIÓN**

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

## **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: – REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos. En su lugar se dispone:

**A. DECLARAR** que entre José Yeferson Lucumí Carabalí y Hernán Darío Chavarría López, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de febrero de 2011 hasta el 04 de marzo de 2011; relación laboral que finiquitó como consecuencia de un accidente de trabajo que generó el fallecimiento de José Yeferson Lucumí Carabalí.

**B. DECLARAR** que en el fallecimiento del trabajador José Yeferson Lucumí Carabalí hubo culpa suficientemente

Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**

Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

comprobada del empleador Hernán Darío Chavarría López conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**C.** En consecuencia, **CONDENAR** a Hernán Darío Chavarría López y en solidaridad a Edificio Lily's PH al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

**a) r daño emergente:** A favor del demandante Leomedes Lucumí Ambuila la suma de \$4'847.000, suma que se deberá reconocer debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago.

**b) Por perjuicios morales:**

- A favor de Leomedes Lucumí Ambuila, en su calidad de padre, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de María Argenis Carabalí Carabalí, en su calidad de madre, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de Luisa Fernanda Lucumí Carabalí, en su calidad de hermana, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de José Emil Lucumí Carabalí, en su calidad de hermano, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de José Alfer Lucumí Carabalí, en su calidad de hermano, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los anteriores valores se deberán reconocer debidamente indexados al momento en que se haga efectivo su pago.

574

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00059 -01  
Demandante: **LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ**  
Demandado: **HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.**

**D. CONDENAR** a la llamada en garantía **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**, a reconocer y pagar las condenas impuestas de manera solidaria al Edificio Lily's PH hasta el monto asegurado por concepto del riesgo Contratistas y/o Subcontratistas Independientes que hace parte del Amparo Opcional de Responsabilidad Civil Extracontractual, esto es, por la suma de **veinticinco millones de pesos m/1 (\$25'000.000)**; monto que se deberá reconocer debidamente indexado al momento en que se efectúe su pago.

**E. ABSOLVER** a los demandados, Hernán Darío Chavarría López, Edificio Lily's, y a AIG Seguros Colombia S.A de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**F. ABSOLVER** a Castro Hermanos Servicios Integrados Ltda, Hernando Francisco Castro Galvis, y Mauricio Castro Galvis de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO:** Costas en ambas instancias a cargo de Hernán Darío Chavarría López y Edificios Lily's PH, a favor de Leomedes Lucumí Ambuila, María Argenis Carabalí Carabalí, Luisa Fernanda Lucumí Carabalí, José Emil Lucumí Carabalí, y José Alfer Lucumí Carabalí.

**TERCERO. -** Costas en ambas instancias a cargo de AIG Seguros Colombia S.A a favor de Edificio Lily's PH.

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

Demandante: LEOMEDES LUCUMÍ AMBUILA y MARÍA ARGENIS CARABALÍ CARABALÍ; y LUISA FERNANDA, JOSÉ EMIL, y JOSÉ ALFER LUCUMÍ CARABALÍ

Demandado: HERNÁN DARÍO CHAVARRÍA LÓPEZ y en solidaridad CASTRO HERMANOS SERVICIOS INTEGRADOS LTDA., EDIFICIO LILY'S, HERNANDO FRANCISCO Y MAURICIO CASTRO GALVIS.

Los Magistrados,

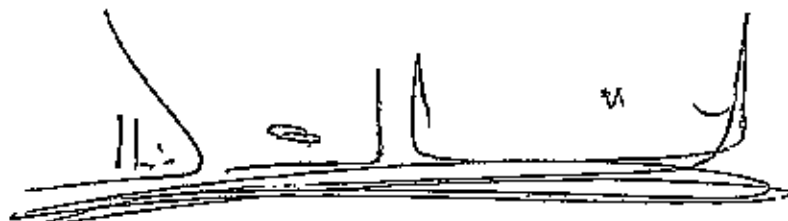


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARA VOTO

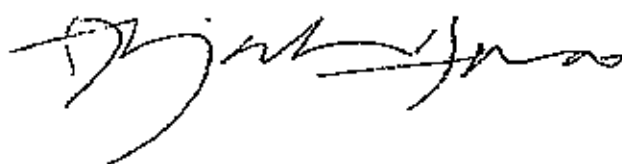


DAVID A.J CORREA STEER

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho en esta instancia la suma de dos salarios mínimos a cargo de Hernán Darío Chavarría López y Edificios Lily's PH, a favor de Leomedes Lucumí Ambuila, María Argenis Carabalí Carabalí, Luisa Fernanda Lucumí Carabalí, José Emil Lucumí Carabalí, y José Alfer Lucumí Carabalí.

Del mismo modo, se señalan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de AIG Seguros Colombia S.A a favor de Edificio Lily's PH.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO PADILLA MORENO** promoviese contra **COLPENSIONES**.

**SENTENCIA DE SEGUNTA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, a partir del 03 de junio



de 2013, junto con el pago de las respectivas diferencias debidamente indexadas.

## **2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: 1) Nació el 15 de diciembre de 1951; 2) Mediante la Resolución 028945 de 2005 se le reconoció una pensión de invalidez; 3) Cotizó un total de 1299,86 semanas; 4) Laboró para Mecanizados de Colombia Ltda., efectuando aportes entre el 01 de abril de 2004 y el 28 de febrero de 2006, con un I.B.C. de \$720.000; 5) El I.B.C. sufragado por Mecanizados de Colombia Ltda. no correspondía a lo que realmente devengó, por lo que, dicho empleador tramitó las correcciones correspondientes, pagando los respectivos intereses de mora; 6) Colpensiones aún no ha incluido el I.B.C. en debida forma, pues aun cuando incluyó el I.B.C. reportado en la planilla de corrección, eliminó el I.B.C. anterior; 7) El 03 de junio de 2016 solicitó pensión de vejez; 8) El 05 de septiembre de 2016 solicitó la corrección de su historia laboral; 9) Mediante la Resolución GNR 280449 de 2016 se le reconoció pensión de vejez en sustitución de la pensión de invalidez; 10) El 13 de octubre de 2016, interpuso los recursos de reposición y de apelación con el fin de que se reconociera la reliquidación de la pensión; y 11) Mediante la Resolución GNR VPB 2402 de 2017, Colpensiones desató el recurso de apelación, modificando el acto administrativo inicial, estableciendo una mesada de \$4'331.048 para el año 2013.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 93 a 99) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho

al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, y pago.

Expuso que los actos administrativos expedidos por Colpensiones se encuentran ajustados a derecho, en la medida que, el ingreso base de liquidación tenido en cuenta es conteste con los establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, así como a los criterios de interpretación que se establecen en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, conforme al régimen de transición.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 05 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

**PRIMERO. - DECLARAR** que Colpensiones debe reconocer y cancelar al actor reliquidación de su mesada pensional, en valor para el año 2013 en la suma de **\$4'331.225** para cada anualidad, por catorce mesadas junto con sus incrementos anuales.

**SEGUNDO. - Se DECLARA NO PROBADA** la excepción de prescripción. Las demás excepciones por las resultas del proceso no se estudian.

**TERCERO. - CONDENAR** a Colpensiones a cancelar al actor con ocasión del retroactivo pensional por diferencias en su mesada la suma de \$19.498 liquidados hasta el 30 de septiembre de 2020, y las que en adelante se causen.

**CUARTO. - CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y cancelar la indexación sobre las diferencias entre la fecha de su causación y la fecha en que se haga la inclusión en nómina, sumas que para el momento es la suma de \$21.406

**QUINTO. - Sin costas** en esta instancia.

Como fundamento de su decisión adujo en síntesis, que Colpensiones al momento de liquidar la pensión de vejez del accionante tomó en cuenta los valores que fueron objeto de corrección por parte del empleador Mecanizados de Colombia

Ltda., por lo que en tal sentido la liquidación efectuada por dicha entidad se encuentra ajustada a derecho; y que pese a lo anterior, conforme liquidación del promedio de los últimos diez años, la pensión que se debe reconocer a favor del actor era la suma de **\$4'331.225**, por lo que, existe una diferencia de \$177 en contraste con la pensión que reconoció Colpensiones.

Concluyó expresando que, el acto administrativo de reconocimiento pensional es del 02 de febrero de 2017, y la demanda se interpuso en mayo de 2018, por lo que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción; que para el 30 de septiembre de 2020, el valor del retroactivo asciende a la suma de \$19.498; y que la suma objeto de condena se debe reconocer debidamente indexada.

#### **IV. APELACIÓN.**

##### **PARTE DEMANDANTE.**

Manifestó que no se están analizando las pruebas de manera integral, por el contrario, se están tomando de forma aislada, como lo es el valor que se encuentra consignado en las planillas de corrección, pero sin desconocer el I.B.C. anterior; que en la historia laboral del 23 de mayo de 2018, se establece el nuevo I.B.C., pero se excluye sin explicación alguna el anterior; y que lo que realmente devengó el demandante es la sumatoria del I.B.C. anterior más el nuevo, no obstante, la liquidación efectuada por Colpensiones únicamente tiene en cuenta el último.

##### **COLPENSIONES.**

Explicó que el demandante cuenta con 1299 semanas de cotización, por lo que la liquidación de su pensión se realizó con el promedio de los últimos diez años y de toda la vida laboral,

tomándose el más favorable al afiliado, de manera que la prestación se encuentra liquidada conforme a derecho.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

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

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

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la pasiva, la sala tendrá como problema jurídico verificar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante.

### **De la liquidación de la pensión de vejez**

Lo primero necesario por recordar es que el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, de la prestación, entendido este último como la tasa de reemplazo, pero no el ingreso base de liquidación de la legislación anterior que, como se sabe, quedó gobernado por el inciso 3.° del artículo 36, o por el artículo 21 ídem, según el tiempo que le hiciere falta para pensionarse a la entrada en vigencia del subsistema general de pensiones (CSJ sentencias CSJ SL4649 y SL17476 de 2014, SL2982 y SL16825 de 2015, y SL7193 y SL8563 de 2016 y CC sentencias C-258-2013, reiterada en la SU-230-2015); en otras palabras, por el inciso 3.° del artículo 36, si a la entrada en vigencia de la Ley 100, al afiliado le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y por el artículo 21, si le hacían falta más de 10 años.

Valga la pena precisar que fue el mismo legislador quien estableció que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición estaría regulado por el nuevo modelo pensional en las disposiciones antes mencionadas y, por lo mismo, no habría lugar a confrontar más de una interpretación frente a norma jurídica que resulta clara al respecto (CSJ SL1049 y SL1734 ambas de 2015).

### **DEL CASO CONCRETO.**

#### **De lo probado en el proceso**

- i) Carlos Alberto Padilla Moreno nació el 15 de diciembre de 1951, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 9.

- ii) Al demandante le fue reconocida pensión de invalidez, a partir del 01 de abril de 2003, en cuantía de \$1'972.667, según la Resolución 028945 de 2005 (fls. 25 y 26).
- iii) En las historias laborales de 21 de octubre de 2011 y 27 de abril de 2015, aparece como I.B.C. reportado por el empleador Mecanizados de Colombia Ltda., la suma de \$720.000, por los siguientes periodos: mayo, junio, agosto a septiembre de 2004, y diciembre de 2004 a noviembre 2005 (fls.10 a 16).
- iv) El 04 de abril de 2016, el ex empleador del actor, Mecanizados de Colombia Ltda., presentó planillas de autoliquidación de aportes por el período de abril de 2004 a febrero de 2006, de las que se puede determinar que se reportó un valor adicional por concepto de I.B.C. para tal período, como se detallará más adelante; igualmente, obra constancia del pago de dicho valor junto con los correspondientes intereses moratorios, a favor de Colpensiones (fls. 27 a 49 y medio óptico de folio 111).
- v) El 27 de julio de 2016, Colpensiones informó que corrigió de manera integral las inconsistencias existentes en la historia laboral (medio óptico de folio 111).
- vi) El 31 de agosto y el 05 de septiembre de 2016, el accionante manifestó ante Colpensiones que, los periodos de noviembre de 2015 a febrero de 2016 se encontraban pendientes por corregir en la historia laboral por inconsistencias en los pagos (fl.52).
- vii) El 27 de septiembre de 2016, Colpensiones manifestó que se encontraban corregidos las correspondientes inconsistencias de forma integral (medio óptico de folio 111).
- viii) Al actor se le sustituyó su pensión de invalidez por una pensión de vejez de régimen de transición y Acuerdo 049 de 1990, mediante la Resolución GNR 280449 del 22 de septiembre de 2016, a partir del 03 de junio de 2013, en cuantía de \$4'234.901 (fls. 55 a 63).

- ix) El 10 de octubre de 2016, el demandante interpuso los recursos de reposición y de apelación contra la Resolución GNR 280449 de 2016, solicitando que se tuvieran en cuenta las correcciones y los pagos efectuados por el empleador, Mecanizados de Colombia Ltda. (fls. 64 a 69).
- x) Mediante la Resolución GNR 346052 del 21 de noviembre de 2016, se confirmó el acto administrativo inicial (fls. 71 a 74).
- xi) A través de la Resolución VPB 2402 del 20 de enero de 2017, se modificó la Resolución GNR 280449 de 2017, estableciéndose como mesada pensional al 03 de junio de 2013, la suma de \$4'331.048 (fls. 76 a 81).
- xii) A partir de la historia laboral del 17 de mayo de 2017 aparecen como I.B.C. reportado por el empleador, Mecanizados de Colombia Ltda., los que fueron reportados en las planillas de autoliquidación por dicho el empleador, por el periodo de abril de 2004 a febrero de 2006 (fls.17 a 24 y medio óptico de folio 111).

Pues bien, efectuado el análisis de rigor se encuentra que la pensión de vejez del actor fue reconocida de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, la parte demandante aspira a la reliquidación de la prestación, afirmando que el 04 de abril de 2016, su ex empleador, Mecanizados de Colombia Ltda., pagó un **valor adicional** por concepto de I.B.C por el periodo de abril de 2004 a febrero de 2006 y que la entidad de pensiones lo que debía hacer era sumar, o tener en cuenta el IBC anterior reportado y el nuevo, y no como lo hizo, omitir el anterior y solo tener en cuenta el reportado mediante planillas de corrección de historia laboral.

Ahora, del análisis integral de las pruebas, especialmente de las planillas de autoliquidaciones de aportes obrantes en el medio óptico de folio 111, se encuentra que Mecanizados de

Colombia Ltda. realizó los siguientes aportes a pensión a favor del demandante:

| CUADRO 1. |                |                 |
|-----------|----------------|-----------------|
| PERIODO   | PRIMER APOORTE | SEGUNDO APOORTE |
| abr-04    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| may-04    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| jun-04    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| jul-04    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| ago-04    | \$ 720.000     | \$ 1.460.000,00 |
| sep-04    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| oct-04    | \$ 720.000     | \$ 1.460.000,00 |
| nov-04    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| dic-04    | \$ 720.000     | \$ 1.460.000,00 |
| ene-05    | \$ 720.000     | \$ 1.280.000,00 |
| feb-05    | \$ 720.000     | \$ 1.435.000,00 |
| mar-05    | \$ 720.000     | \$ 1.435.000,00 |
| abr-05    | \$ 720.000     | \$ 1.435.000,00 |
| may-05    | \$ 720.000     | \$ 1.435.000,00 |
| jun-05    | \$ 720.000     | \$ 1.435.000,00 |
| jul-05    | \$ 720.000     | \$ 1.435.000,00 |
| ago-05    | \$ 720.000     | \$ 1.551.000,00 |
| sep-05    | \$ 720.000     | \$ 1.551.000,00 |
| oct-05    | \$ 720.000     | \$ 1.528.000,00 |
| nov-05    | \$ 720.000     | \$ 1.415.000,00 |
| dic-05    | \$ 720.000     | \$ 1.608.000,00 |
| ene-06    | \$ 720.000     | \$ 1.551.000,00 |
| feb-06    | \$ 720.000     | \$ 1.551.000,00 |

De esta manera, tenemos que Mecanizados de Colombia Ltda., efectuó pagos en dos oportunidades distintas, no obstante, la Sala no podría concluir con certeza que la finalidad del empleador era sustituir el primero, o consolidar el I.B.C. que se debió tener en cuenta a favor de su trabajador, con la sumatoria del primer y segundo aporte, por la potísima razón de que brilla por su ausencia prueba que dé cuenta de los tiempos y de los salarios que el accionante laboró y devengó, respectivamente, con Mecanizados de Colombia Ltda.

En efecto, dentro del plenario los únicos soportes que dan cuenta de los salarios del actor son los I.B.C. que se reflejan en las planillas de autoliquidación de aportes, no obstante, en cada una de ellas se establece como salario básico la suma que aparece



reflejada en el Cuadro 1, como segundo aporte, a la par que sobre dicho valor se efectuó la deducción a pensiones sobre el 14,5%, 15% y 16%, para 2004, 2005, y 2006, respectivamente, por lo que, en tales condiciones, se desconoce si realmente fue intención de dicho empleador complementar el I.B.C.

Aunado a lo anterior se encuentra que los porcentajes aludidos se encuentran de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual es del siguiente tenor:

**"ARTICULO 20. Monto de las Cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.**

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

**A partir del 1° de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1° de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1° de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.**

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales. (...)"

Por tanto, y en las condiciones narradas, considera la Sala que no es dable tener como I.B.C. para el periodo de abril de 2004 a febrero de 2006, la sumatoria del primer y segundo aporte realizado por el ex empleador del actor, Mecanizados de Colombia

Ltda., ante la inexistencia de un acervo probatorio que permita establecer cuál era realmente el salario devengado por el accionante; recuérdese que la base para calcular el I.B.C. es el salario mensual y/o ingresos efectivamente percibidos.

Frente al punto, es necesario recordar que a quien alega a su favor un hecho y la consecuencia jurídica de este, le corresponde probarlo, o lo que es lo mismo, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, para el caso, se alega la existencia de un IBC adicional con el fin de obtener la reliquidación pensional, de manera que al actor correspondía acreditar tal circunstancia; así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2514-2021, criterio que se advierte también plasmado, entre otras, en las providencias SL2853-2018, SL2625-2021; en la primera relacionada se expuso:

"[...] la Corte ha sostenido que cuando un pensionado pretende la reliquidación de la prestación, porque considera que la entidad al reconocerla debió tomar un ingreso base de liquidación superior al que tuvo en cuenta para calcular su pensión con la inclusión de factores salariales, por resultarle más favorable, es aquel, quien debe asumir la carga probatoria de acreditar con contundencia los supuestos fácticos en que soporta tal súplica, lo que dicho en otras palabras, significa que en virtud de ello, será el pensionado quien tiene el deber de demostrar y de no acreditar lo alegado, ha advertido la Corte que las súplicas indefectiblemente se encuentran llamadas al fracaso. Así se dejó sentado en la decisión CSJ SL11325-2016, reiterada recientemente en la providencia CSJ SL2853-2018, en la que al respecto afirmó:

(...)

Conforme a lo anterior, si el demandante pretendía el reajuste o reliquidación de su pensión de vejez, porque estima que el ISS debió liquidar un IBL superior al que tomó para reconocer la prestación pensional, por resultarle más favorable, es lógico que en un principio dicha parte tiene la carga probatoria de acreditar los presupuestos o supuestos fácticos en que soporta la pretensión y, por ende, no le basta con indicar el monto de la primera mesada otorgada por la entidad de seguridad social y hacer una proyección matemática para llegar a una cifra más elevada, dado que en el proceso debe quedar debidamente acreditado y soportado ese IBL superior, para arribar a la certeza que efectivamente el cálculo de los salarios base de cotización o cotizaciones realizadas dentro del período reclamado arroja una suma mayor, que al aplicarle la respectiva tasa de reemplazo se traduzca en

una primera mesada pensional más favorable a la otorgada, carga probatoria que de no cumplirse trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito, como en este caso aconteció. (Subraya fuera de texto)".

Por otra parte, y dado que el juez de conocimiento consideró que existía una diferencia entre la pensión reconocida por Colpensiones y la resultante en primera instancia, procede la Sala a efectuar las operaciones de rigor correspondientes, lo que se realizará bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo que devengó el actor en los últimos diez años de cotización.

| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Año 1989       |                 |                         |                          |
|---------------|-------------|-------------|-----------------|----------------|-----------------|-------------------------|--------------------------|
|               |             |             |                 | Salario diario | Salario anual   | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 02/03/89      | 31/03/89    | 30          | 111.000,00      | 3.700,00       | \$ 111.000,00   |                         |                          |
| 01/04/89      | 30/04/89    | 30          | 111.000,00      | 3.700,00       | \$ 111.000,00   |                         |                          |
| 01/05/89      | 31/05/89    | 31          | 111.000,00      | 3.700,00       | \$ 114.700,00   |                         |                          |
| 01/06/89      | 30/06/89    | 30          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 150.270,00   |                         |                          |
| 01/07/89      | 31/07/89    | 31          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 155.279,00   |                         |                          |
| 01/08/89      | 31/08/89    | 31          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 155.279,00   |                         |                          |
| 01/09/89      | 30/09/89    | 30          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 150.270,00   |                         |                          |
| 01/10/89      | 31/10/89    | 31          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 155.279,00   |                         |                          |
| 01/11/89      | 30/11/89    | 30          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 150.270,00   |                         |                          |
| 01/12/89      | 31/12/89    | 31          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 155.279,00   |                         |                          |
| Total días    |             | 305         |                 |                | \$ 1.408.626,00 | \$ 4.618,45             | \$ 138.553,38            |
|               |             |             |                 |                |                 |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Año 1990       |                 |                         |                          |
|               |             |             |                 | Salario diario | Salario anual   | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/90      | 31/01/90    | 31          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 155.279,00   |                         |                          |
| 01/02/90      | 28/02/90    | 28          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 140.252,00   |                         |                          |
| 01/03/90      | 31/03/90    | 31          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 155.279,00   |                         |                          |
| 01/04/90      | 30/04/90    | 30          | 150.270,00      | 5.009,00       | \$ 150.270,00   |                         |                          |
| 01/05/90      | 31/05/90    | 31          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 263.221,00   |                         |                          |
| 01/06/90      | 30/06/90    | 30          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 254.730,00   |                         |                          |
| 01/07/90      | 31/07/90    | 31          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 263.221,00   |                         |                          |
| 01/08/90      | 31/08/90    | 31          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 263.221,00   |                         |                          |
| 01/09/90      | 30/09/90    | 30          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 254.730,00   |                         |                          |
| 01/10/90      | 31/10/90    | 31          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 263.221,00   |                         |                          |
| 01/11/90      | 30/11/90    | 30          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 254.730,00   |                         |                          |
| 01/12/90      | 31/12/90    | 31          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 263.221,00   |                         |                          |
| Total días    |             | 365         |                 |                | \$ 2.681.375,00 | \$ 7.346,23             | \$ 220.386,99            |
|               |             |             |                 |                |                 |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Año 1991       |                 |                         |                          |
|               |             |             |                 | Salario diario | Salario anual   | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/91      | 31/01/91    | 31          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 263.221,00   |                         |                          |
| 01/02/91      | 28/02/91    | 28          | 254.730,00      | 8.491,00       | \$ 237.748,00   |                         |                          |

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2018-00330 -01  
Demandante: **CARLOS ALBERTO PADILLA MORENO.**  
Demandado: **COLPENSIONES.**

|               |             |             |                 |                |                  |                         |                          |
|---------------|-------------|-------------|-----------------|----------------|------------------|-------------------------|--------------------------|
| 01/03/91      | 31/03/91    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/04/91      | 30/04/91    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/05/91      | 31/05/91    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/06/91      | 30/06/91    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/07/91      | 31/07/91    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/08/91      | 31/08/91    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/09/91      | 30/09/91    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/10/91      | 31/10/91    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/11/91      | 30/11/91    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/12/91      | 31/12/91    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| Total días    |             | 365         |                 |                | \$ 7.284.683,00  | \$ 19.958,04            | \$ 598.741,07            |
|               |             |             |                 | Año 1992       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/92      | 31/01/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/02/92      | 29/02/92    | 29          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 642.901,00    |                         |                          |
| 01/03/92      | 31/03/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/04/92      | 30/04/92    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/05/92      | 31/05/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/06/92      | 30/06/92    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/07/92      | 31/07/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/08/92      | 31/08/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/09/92      | 30/09/92    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/10/92      | 31/10/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/11/92      | 30/11/92    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/12/92      | 31/12/92    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| Total días    |             | 366         |                 |                | \$ 8.113.854,00  | \$ 22.169,00            | \$ 665.070,00            |
|               |             |             |                 | Año 1993       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/93      | 31/01/93    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/02/93      | 28/02/93    | 28          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 620.732,00    |                         |                          |
| 01/03/93      | 31/03/93    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/04/93      | 30/04/93    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/05/93      | 31/05/93    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/06/93      | 30/06/93    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/07/93      | 31/07/93    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/08/93      | 31/08/93    | 31          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 687.239,00    |                         |                          |
| 01/09/93      | 30/09/93    | 30          | 665.070,00      | 22.169,00      | \$ 665.070,00    |                         |                          |
| 01/10/93      | 31/10/93    | 31          | 1.506.030,00    | 50.201,00      | \$ 1.556.231,00  |                         |                          |
| 01/11/93      | 30/11/93    | 30          | 1.506.030,00    | 50.201,00      | \$ 1.506.030,00  |                         |                          |
| 01/12/93      | 31/12/93    | 31          | 1.506.030,00    | 50.201,00      | \$ 1.556.231,00  |                         |                          |
| Total días    |             | 365         |                 |                | \$ 10.870.629,00 | \$ 29.234,60            | \$ 877.038,00            |
|               |             |             |                 | Año 1994       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/94      | 31/01/94    | 31          | 1.506.030,00    | 50.201,00      | \$ 1.556.231,00  |                         |                          |
| 01/02/94      | 28/02/94    | 28          | 1.506.030,00    | 50.201,00      | \$ 1.405.628,00  |                         |                          |
| 01/03/94      | 31/03/94    | 31          | 1.506.030,00    | 50.201,00      | \$ 1.556.231,00  |                         |                          |
| 01/04/94      | 30/04/94    | 30          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 158.600,00    |                         |                          |
| 01/05/94      | 31/05/94    | 31          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 163.886,67    |                         |                          |
| 01/06/94      | 30/06/94    | 30          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 158.600,00    |                         |                          |
| 01/07/94      | 31/07/94    | 31          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 163.886,67    |                         |                          |
| 01/08/94      | 31/08/94    | 31          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 163.886,67    |                         |                          |

Demandante: **CARLOS ALBERTO PADILLA MORENO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

|               |             |             |                 |                |                  |                         |                          |
|---------------|-------------|-------------|-----------------|----------------|------------------|-------------------------|--------------------------|
| 01/09/94      | 30/09/94    | 30          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 158.600,00    |                         |                          |
| 01/10/94      | 31/10/94    | 31          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 163.886,67    |                         |                          |
| 01/11/94      | 30/11/94    | 30          | 158.600,00      | 5.286,67       | \$ 158.600,00    |                         |                          |
| Total días    |             | 334         |                 |                | \$ 5.808.036,67  | \$ 17.389,33            | \$ 521.679,94            |
|               |             |             |                 | Año 1995       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/95      | 31/01/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/02/95      | 28/02/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/03/95      | 31/03/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/04/95      | 30/04/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/05/95      | 31/05/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/06/95      | 30/06/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/07/95      | 31/07/95    | 30          | 3.125.640,00    | 104.188,00     | \$ 3.125.640,00  |                         |                          |
| 01/08/95      | 31/08/95    | 30          | 1.413.980,00    | 47.132,67      | \$ 1.413.980,00  |                         |                          |
| 01/09/95      | 31/08/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/10/95      | 30/09/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/11/95      | 31/10/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/12/95      | 30/11/95    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| Total días    |             | 360         |                 |                | \$ 26.865.620,00 | \$ 74.626,72            | \$ 2.238.801,67          |
|               |             |             |                 | Año 1996       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/96      | 31/01/96    | 30          | 2.232.600,00    | 74.420,00      | \$ 2.232.600,00  |                         |                          |
| 01/02/96      | 29/02/96    | 30          | 2.971.200,00    | 99.040,00      | \$ 2.971.200,00  |                         |                          |
| 01/03/96      | 31/03/96    | 30          | 2.478.800,00    | 82.626,67      | \$ 2.478.800,00  |                         |                          |
| 01/04/96      | 30/04/96    | 30          | 2.478.000,00    | 82.600,00      | \$ 2.478.000,00  |                         |                          |
| 01/05/96      | 31/05/96    | 30          | 2.725.000,00    | 90.833,33      | \$ 2.725.000,00  |                         |                          |
| 01/06/96      | 30/06/96    | 30          | 2.725.000,00    | 90.833,33      | \$ 2.725.000,00  |                         |                          |
| 01/07/96      | 31/07/96    | 30          | 3.378.333,00    | 112.611,10     | \$ 3.378.333,00  |                         |                          |
| 01/08/96      | 31/08/96    | 30          | 2.725.000,00    | 90.833,33      | \$ 2.725.000,00  |                         |                          |
| 01/09/96      | 30/09/96    | 30          | 2.725.000,00    | 90.833,33      | \$ 2.725.000,00  |                         |                          |
| 01/10/96      | 31/10/96    | 30          | 2.725.000,00    | 90.833,33      | \$ 2.725.000,00  |                         |                          |
| 01/11/96      | 30/11/96    | 30          | 2.272.500,00    | 75.750,00      | \$ 2.272.500,00  |                         |                          |
| 01/12/96      | 31/12/96    | 30          | 4.541.667,00    | 151.388,90     | \$ 4.541.667,00  |                         |                          |
| Total días    |             | 360         |                 |                | \$ 33.978.100,00 | \$ 94.383,61            | \$ 2.831.508,33          |
|               |             |             |                 | Año 1997       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/97      | 31/01/97    | 30          | 1.090.000,00    | 36.333,33      | \$ 1.090.000,00  |                         |                          |
| 01/02/97      | 01/02/97    | 15          | 1.074.861,00    | 35.828,70      | \$ 537.430,50    |                         |                          |
| Total días    |             | 45          |                 |                | \$ 1.627.430,50  | \$ 36.165,12            | \$ 1.084.953,67          |
|               |             |             |                 | Año 2004       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/04/04      | 30/04/04    | 30          | 1.280.000,00    | 42.666,67      | \$ 1.280.000,00  |                         |                          |
| 01/05/04      | 31/05/04    | 30          | 1.280.000,00    | 42.666,67      | \$ 1.280.000,00  |                         |                          |
| 01/06/04      | 30/06/04    | 30          | 1.280.000,00    | 42.666,67      | \$ 1.280.000,00  |                         |                          |
| 01/07/04      | 31/07/04    | 30          | 1.280.000,00    | 42.666,67      | \$ 1.280.000,00  |                         |                          |
| 01/08/04      | 31/08/04    | 30          | 1.460.000,00    | 48.666,67      | \$ 1.460.000,00  |                         |                          |
| 01/09/04      | 30/09/04    | 30          | 1.280.000,00    | 42.666,67      | \$ 1.280.000,00  |                         |                          |
| 01/10/04      | 31/10/04    | 30          | 1.460.000,00    | 48.666,67      | \$ 1.460.000,00  |                         |                          |
| 01/11/04      | 30/11/04    | 30          | 1.280.000,00    | 42.666,67      | \$ 1.280.000,00  |                         |                          |

[illegible]

De esta manera, efectuados los cálculos de rigor, se encuentra que el valor de la mesada pensional reconocida al actor por parte de Colpensiones mediante la Resolución VPB 2402 de 2017, por valor de \$4'331.048 al 03 de junio de 2013, es ligeramente superior a la resultante en esta instancia, esto es, \$4'329.414,89, por lo que no resulta procedente la reliquidación

de la prestación en los términos expuestos por el A Quo, razones por las que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada, para en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente y no obstante que las probanzas analizadas en esta instancia conllevan a la revocatoria de la sentencia de primera instancia, debe advertirse que también erró el operador judicial de primer grado al conceder el pago de la **mesada catorce** por cuanto en primer lugar la prestación de vejez fue reconocida por Colpensiones sobre trece mesadas, en segundo lugar ello no fue objeto de debate en el presente proceso y en todo caso la prestación de vejez l se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, pues el actor acreditó la edad de pensión cuando cumplió 60 años, esto es, el 15 de diciembre de 2011, tal y como se desprende de la Resolución GNR 280449 de 2016; por lo que en su caso no resultaba posible el reconocimiento de dicha mesada conforme las voces del inciso 8° y el párrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por lo brevemente expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

#### **VII. COSTAS**

Sin costas en ambas instancias.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos. En su lugar, se dispone, **ABSOLVER a COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. -** Sin costas en ambas instancias.

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

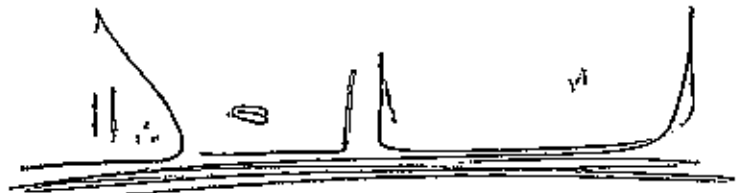
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$550.000 a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de la parte actora, y de las demandadas Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría de Movilidad, Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y La Previsora S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO** promoviese contra el **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S., Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA**

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

**ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V.**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO** pretenden la declaratoria de un contrato de trabajo con el **CONSORCIO LUZ**, el primero, del 06 de febrero al 09 de agosto de 2012, y el segundo, del 02 de septiembre de 2011 al 21 de abril de 2012; y que **CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**, responden solidariamente por las acreencias laborales de los demandantes. Como consecuencia de lo anterior, **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA** solicita el pago de los salarios comprendidos entre el 01 y el 09 de agosto de 2012; y, ambos demandantes, el reconocimiento y pago de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, e indemnización moratoria.

#### **2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones argumentaron que: **1) CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** conformaron el **CONSORCIO LUZ**; **2)** Los demandantes fueron contratados por el **CONSORCIO LUZ**: **EVARISTO AVENDAÑO NIÑO**, el 02 de septiembre de 2011 para desempeñar el cargo de Ayudante de Obra, y **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA**, el 06 de febrero de 2012, para desempeñar el cargo de Conductor de Doble Troque; **3)** Prestaban sus servicios de manera personal, cumplían un horario de trabajo de 7:00 A.M. a 4:00 P.M., se le formulaban llamados de atención, debían registrarse en una

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

planilla, recibían instrucciones del CONSORCIO LUZ; 4) GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA devengaba \$759.000, y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, \$566.700; 5) La relación laboral de GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA finiquitó el 09 de agosto de 2012, y la de EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, el 21 de abril de 2012; 6) Al terminar el contrato de trabajo no se pagaron las acreencias laborales que se pretenden; 7) Nunca fueron afiliados a seguridad social; y 8) Han conminado en reiteradas oportunidades a las demandadas para el pago de sus acreencias laborales, no obstante, no se ha logrado su reconocimiento.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.**

### **1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.** (fls.125 a 129), contestaron a través de *Curador Ad Litem*, quien no propuso excepciones de mérito, y manifestó que no le constaban los hechos de la demanda, por lo que debían probarse.

### **2. REFORMA DE LA DEMANDA.**

El apoderado de la parte actora reformó la demanda a fin de que se tuviera como demandada a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V.** (fls. 130 a 154).

Modificó sus pretensiones, señalando que GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO pretenden la declaratoria de un contrato de trabajo con la **U.A.E.R.M.V.**, el primero, del 06 de febrero al 09 de agosto de 2012, y el segundo, del 02 de septiembre de 2011 al 21 de abril de 2012; y, **subsidiariamente**, que se declarara que el contrato de trabajo

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

fue con el **CONSORCIO LUZ**. Igualmente, solicitaron la declaratoria de solidaridad de las demandadas frente a las condenas que se pudieren llegar a imponer.

En cuanto a los hechos adicionó: que el 10 de marzo de 2011, el **CONSORCIO LUZ** suscribió el Contrato N° 113 con la **U.A.E.R.M.V.** para ejecutar obras de mantenimiento vial de la ciudad de Bogotá; que representantes de la **U.A.E.R.M.V.** realizaban llamados de atención y proferían órdenes a los demandantes; que la infraestructura y los elementos de trabajo eran suministrados por el **CONSORCIO LUZ** a los accionantes; que eventualmente la **U.A.E.R.M.V.** suministraba su infraestructura y los elementos de trabajo a los demandantes; que el **CONSORCIO LUZ** y la **U.A.E.R.M.V.** estructuraban la logística para que el demandante desarrollara su actividad; y que realizaron requerimientos referentes a la omisión en el pago de sus prestaciones sociales a la **U.A.E.R.M.V.** que fueron negados por esta entidad.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA POR PARTE DEL CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**

Mediante auto del 04 de septiembre de 2017 se tuvo por **NO CONTESTADA** la reforma de demanda por parte de las demandadas **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.**

### **4. CONTESTACIÓN POR PARTE DE LA U.A.E.R.M.V.**

La **U.A.E.R.M.V.** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls.226 a 235), proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación a cargo de la

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**  
Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

U.A.E.R.M.V., cobro de lo no debido, prescripción, pago de la obligación, y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a que el CONSORCIO LUZ se encuentra conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S.

Indicó que CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. a través del Contrato No 113 de 2011 se obligaron a asumir la totalidad de las obligaciones laborales de los trabajadores que prestaran sus servicios en el mantenimiento de la malla vial de la ciudad; que en el contrato aludido estableció como objeto del contrato el consistente en el suministro de personal y no en la realización de ningún tipo de obra o construcción específica, es decir, que se trató de un contrato que se caracterizó por mantener la independencia jurídica del contratista y de un objeto ajeno al giro ordinario de las actividades realizadas por la U.A.E.R.M.V.

##### **5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

La U.A.E.R.M.V., llamó en garantía a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** (fls. 335 y 336), por cuanto constituyó la póliza n° 3000996 con el fin de que se sufragara el pago de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones que surgieran del contrato No.113 de 2011 celebrado entre la U.A.E.R.M.V. y el **CONSORCIO LUZ**.

**LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** (fls. 352 a 360), también se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, proponiendo en defensa contra la demanda, las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, prescripción de las acciones laborales, compensación y nulidad relativa, y la genérica. Igualmente, propuso como

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía, inexistencia de cobertura para los hechos materia de proceso, falta de prueba de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, prescripción, límites asegurados, inexistencia de cobertura para las obligaciones legales, limitación de la responsabilidad, ajuste del valor e indemnizar de acuerdo al grado de agotamiento del valor asegurado, y aplicación del deducible pactado en la póliza.

Manifestó que no le constaban los hechos de la demanda y, por ende, que debían probarse; y que era cierto que celebró una póliza de seguros con la **U.A.E.R.M.V.**

Indicó que el amparo de pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubre a la entidad contratante de los perjuicios que se le ocasione como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, razón por la que la póliza expedida por **LA PREVISORA S.A.** no ampara el incumplimiento de obligaciones de tipo contractual o legal a cargo de las partes, sino los perjuicios derivados del incumplimiento de esas obligaciones.

Adujo que el llamamiento en garantía fue notificado cuando ha transcurrido un término superior a cuatro años de haber sucedido la reclamación de los demandantes presentada el 07 de abril de 2014, por lo que el derecho se encontraría prescrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1081 del C.Co.

En último término, manifestó que únicamente está obligado a responder, en caso de una eventual condena, hasta la concurrencia de la suma asegurada.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 12 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** que existió una relación laboral entre CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA con extremos temporales entre el 06 de febrero de 2012 al 09 de agosto de 2012, devengando un salario de \$759.000.

**SEGUNDO: DECLARAR** que existió una relación laboral entre CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO con extremos temporales entre el 02 de septiembre de 2011 al 21 de abril de 2012, devengando un salario de \$566.700.

**TERCERO: DECLARAR** que al finalizar los contratos laborales suscritos entre los demandantes con el CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. no les fueron canceladas las acreencias laborales.

**CUARTO: CONDENAR** al CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V a pagar a GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA, por concepto de prestaciones sociales y salarios la suma de \$414.487.

**QUINTO: CONDENAR** al CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V a pagar a EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, por concepto de prestaciones sociales y salarios la suma de \$356.399.

**SEXTO: CONDENAR** al CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V a pagar a GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA, por concepto de indemnización moratoria la suma de \$13'080.100.

**SÉPTIMO: CONDENAR** al CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V a pagar a EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, por concepto de indemnización moratoria la suma de \$11'844.030.

**OCTAVO: CONDENAR** al CONSORCIO LUZ conformado por CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA. y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- U.A.E.R.M.V a indexar las

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

sumas objeto de condena al momento de su pago según el I.P.C. certificado por el D.A.N.E. al momento de su pago.

**NOVENO: CONDENAR** a la llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a reconocer por las sumas objeto de condena impuestas a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - U.A.E.R.M.V., según cobertura de la póliza n° 3000996.

**DECIMO: CONDENAR** a las demandadas fijando como agencias en derecho la suma de \$2'000.000, como suma total.

En síntesis, refirió el A Quo, que conforme al acervo probatorio obrante en el plenario, el contrato de trabajo de los accionantes se presentó con el CONSORCIO LUZ, pues así se desprende de los contratos de trabajo allegados y la documental que reposa en el plenario.

Indicó que se demostraron pagos parciales de los salarios y prestaciones sociales requeridos por los accionantes, por lo que una vez descontado tal valor, se tiene que se adeuda por tales conceptos, la suma de \$414.487 a favor de GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA, y de \$356.399 a favor de EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.

Señaló que se encuentra demostrado que las labores ejecutadas por los accionantes hacen parte del objeto social de la U.A.E.R.M.V., por lo que de conformidad con el artículo 34 del C.S.T., dicha entidad resulta solidariamente responsable por las condenas que se puedan imponer a la parte actora.

Explicó que hay lugar a la indemnización moratoria hasta el momento en que se efectuó el pago parcial, pues con tal reconocimiento se buscó pagar lo que se creía adeudar a todos los trabajadores a quienes se les adeudaban obligaciones laborales.



Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

En último término, expresó que el término de contabilización de la prescripción para determinar si **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** debe asumir las obligaciones objeto de condena, es desde que la sentencia proferida por el juez laboral cobra ejecutoria, pues con anterioridad no es dable hablar de la ocurrencia de un siniestro; que el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales se efectúa en consideración a que se tiene como responsable solidario a la **U.A.E.R.M.V.**; y que la llamada en garantía también debe responder por la indemnización moratoria, dado que la póliza cubre perjuicios y no se encuentra excluida expresamente tal sanción.

#### **IV. APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA.**

Sostiene que el juzgado de conocimiento señaló que la indemnización moratoria se obtuvo como consecuencia del pago parcial realizado a favor de los demandantes, lo cierto es que la **U.A.E.R.M.V.** tenía unos recursos (\$5.000'000.000) que en vez de dirigirlos al pago de acreencias laborales, los dirigió a la empresa Capital Factor, entidad que es captadora de dinero; que **U.A.E.R.M.V.** cuenta con personal de planta que ejerce las mismas funciones que los demandantes; que el empleador conocía de sus responsabilidades, pues de lo contrario no hubiera adelantado el pago a favor de los demandantes, que pagaron lo que pudieron con lo quedó después de dirigir los recursos a un fin de diferente al pago de obligaciones laborales, y menos aún cuando los pagos se realizaron tan sólo cuando se elevaron las correspondientes reclamaciones administrativas.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

**U.A.E.R.M.V.**

Manifestó que si bien el proceso fue radicado en abril de 2014, y el auto admisorio fue notificado en mayo del mismo año, tan sólo se logró la notificación de la demanda a la U.A.E.R.M.V. hasta el 14 de noviembre de 2017, por lo que operó el fenómeno prescriptivo, dado que no se logró interrumpir la prescripción dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

**LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Indicó que la prescripción se encuentra plenamente demostrada, como quiera que la demanda se presentó en abril de 2014, y sólo hasta el 14 de noviembre de 2017 se hizo la vinculación de la U.A.E.R.M.V., por lo que ya se encontraba prescrito el derecho reclamado; y que la interrupción se hizo una vez, que fue en el año 2014, por lo que al haberse retirado a la U.A.E.R.M.V., esto tuvo como efectos la prescripción de las obligaciones a su cargo.

Adujo frente al llamamiento en garantía, que en ningún aparte de la póliza se amparan derechos laborales, por el contrario el amparo de derechos y prestaciones sociales define que únicamente ampara los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivados del personal utilizado para la ejecución del contrato garantizado; que en la póliza también se establece que cuando ocurre alguno de los eventos amparados en la póliza deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, acompañada del acto administrativo a través del cual se declare la caducidad del contrato, situación que es la que constituye el siniestro; y que una interpretación contraria alarga la vigencia de la póliza, pues esta expiró en 2015.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

Finalmente, señaló que dentro de los amparos de la póliza no se establece la indemnización moratoria, por lo que estaría fuera de cobertura conforme a la normatividad comercial; que la reclamación de los demandantes fue en abril de 2014, empero, el llamamiento en garantía se notificó el 09 de mayo de 2017, lo que indica que extinguió por el transcurso del tiempo, dado que la prescripción ordinaria es de dos años conforme a la normatividad comercial.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de la U.A.E.R.M.V., así como del llamado en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, para ratificar sus posiciones.

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

#### **VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

circunscriben a determinar, **i)** si operó el fenómeno extintivo de la prescripción ante el presunto incumplimiento por parte del apoderado de la parte actora de notificar a la totalidad de las llamadas a juicio dentro del año siguiente a la notificación del auto admisorio; **ii)** si la condena por concepto de indemnización moratoria se encuentra ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales que rigen la materia; **iii)** si la póliza de seguro celebrada entre la **U.A.E.R.M.V. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** incluye el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización moratoria; y **iv)** si operó la extinción de las obligaciones que pudieren estar a cargo del llamado en garantía en virtud del fenómeno de la prescripción.

### **PRESCRIPCIÓN.**

Recuerda la Sala que los derechos adquiridos por un trabajador, como consecuencia de la existencia de una relación laboral, no perduran de manera indefinida en el tiempo, sino que prescriben tres años después de haberse causado -salvo algunas excepciones-; así lo dispuso el artículo 488 del C.S.T al preceptuar:

“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.

En iguales términos se refiere el artículo 151 del C.P.T y la S.S., el que en su tenor literal dispone:

**“ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

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

Por su parte, el artículo 94 del C.G.P. establece:

**“ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA.** La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”.

En relación con la interpretación del citado artículo 94 del C.G.P., la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1533-2018, ha enseñado:

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

"(...) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentarse ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarlo. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, -hoy artículo 94 del C.G.P- y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.

(...) Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

Entre esas cargas, se encuentra la relativa al tramamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción."

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA.**

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° y el numeral 1° del artículo 65 del C.S.T. establecen:

**"Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.** <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero."

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo las **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de la indemnización moratoria, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Igualmente, se hace necesario precisar que la indemnización moratoria no se verifica por la actuación de las partes ni por su actitud dentro del proceso, sino por regla general por la conducta del empleador a la terminación del contrato de trabajo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, reiterada en la sentencia SL1746-2021, señaló:

“(...) recuérdese además que tratándose de la indemnización moratoria la conducta de la empresa, por regla general, se analiza al momento de la finalización del nexo de trabajo. Al respecto en decisión CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 37288, se expuso:

Conforme a los precedentes anotados, se tiene que el examen de la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que puede dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se ha de hacer, por regla general, teniendo en cuenta las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento, en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena (...)”.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

##### **De lo probado en el proceso:**

- i) El 10 de marzo de 2011, la U.A.E.R.M.V. celebró contrato de obra civil No. 113 de 2011, con el CONSORCIO LUZ con el fin de *“Realizar la ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y*



Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

*actividades requeridas en las sedes operativas de la UMV, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones, apéndices y la propuesta presentada” (fls. 256 a 266).*

- ii) El 13 de marzo de 2011 se celebró contrato de seguro de cumplimiento póliza única a favor de entidades estatales ante LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en la que el tomador es el CONSORCIO LUZ, y el asegurado es la U.A.E.R.M.V., en virtud del Contrato No. 113, y en la que se establece dentro los amparos, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, al siguiente tenor: *“Este amparo cubre a la entidad estatal, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivados de la contratación de personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato garantizado”.* (fls. 364 a 368).
- iii) GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA laboró al servicio del CONSORCIO LUZ del 06 de febrero al 09 de agosto de 2012, mediante contrato de obra o labor para prestar sus servicios en la U.A.E.R.M.V., para desempeñar el cargo de Conductor Doble Troque (fl.4).
- iv) EVARISTO AVENDAÑO NIÑO laboró al servicio del CONSORCIO LUZ del 02 de septiembre de 2011 al 21 de abril de 2012, mediante contrato de obra o labor para prestar sus servicios en la U.A.E.R.M.V., para desempeñar el cargo de Ayudante de Obra (fl.6).
- v) El 20 de abril de 2012 se dio por terminado el contrato de trabajo de los accionantes según órdenes impartidas por la U.A.E.R.M.V. (fl.397).
- vi) El 23 de octubre de 2012, la U.A.E.R.M.V. declaró el incumplimiento del contrato de obra No. 113 de 2011, por la falta de pago de salarios, prestaciones sociales,

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

parafiscales e indemnizaciones dejadas de cancelar por parte del CONSORCIO LUZ por valor de \$576'365.943 (fls. 267 y 268).

- vii) El 15 de mayo de 2013, los representantes del CONSORCIO LUZ y de la U.A.E.R.M.V., levantaron acta de liquidación del contrato de obra No. 113 de 2011 (fls. 269 a 286).
- viii) El 08 de julio de 2013, el CONSORCIO LUZ cedió las obligaciones laborales de sus trabajadores a la U.A.E.R.M.V., entre los que se encuentran los demandantes; cesión que fue modificada a través de otro sí, el 16 de julio de 2013, con el fin de incluir los impuestos de ley (fls. 287 a 299).
- ix) El 13 de enero de 2014, la U.A.E.R.M.V. pagó a los trabajadores del CONSORCIO LUZ los valores pendientes por concepto de salarios y prestaciones sociales, reconociéndose a favor de GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA la suma de \$832.383, y a favor de EVARISTO AVENDAÑO NIÑO, \$610.149 (fls. 300 a 320).
- x) Los demandantes el 07 de abril de 2014 solicitaron el pago de las acreencias laborales que les adeudaban (prestaciones sociales y en adición GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA, nueve días de salario) a la U.A.E.R.M.V. (fls. 3 y 5).
- xi) Los demandantes radicaron demanda el 11 de abril de 2014 (fl.32).
- xii) El auto admisorio de la demanda se notificó el 24 de abril de 2014 (fl.34).
- xiii) La admisión de la reforma de la demanda se notificó el 11 de julio de 2017 (fl.218).
- xiv) La U.A.E.R.M.V. se notificó personalmente de la demanda el 14 de noviembre de 2017 (fl.224).

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

Pues bien, para determinar si operó el fenómeno prescriptivo en el presente asunto y establecer que se notificó a la U.A.E.R.M.V. por fuera del año de que trata el inciso primero del artículo 94 del C.G.P., se hace imperativo determinar si la U.A.E.R.M.V. es un litisconsorte facultativo o necesario, al existir varios demandados.

En el *sub examine*, tenemos que la relación que se deprecia entre la U.A.E.R.M.V., el CONSORCIO LUZ, y sus integrantes, es de tipo solidario, por lo que no estamos frente a un litisconsorcio necesario, recuérdese que tal figura se presenta cuando el proceso versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no es posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos. Sobre el tópico, la máxima corporación de jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencias SL16855-2015 y SL2133-2019, expresó:

**"EL LITISCONSORCIO NECESARIO:**

Conforme acontece en materia civil de acuerdo con los artículos 51 y 83 del C.P.C, en los procesos laborales puede suceder que sea indispensable la integración de un litisconsorcio necesario, vale decir que las partes en conflicto o una de ellas deban estar obligatoriamente compuestas por una pluralidad de sujetos en razón a que en los términos de la última norma aludida, "...el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos ..."

Desde luego, la razón de ser de esta figura se halla ligada al concepto del debido proceso como derecho fundamental de las personas que les otorga la garantía de no ser vinculadas o afectadas por una decisión judicial, sin haber tenido la oportunidad de exponer su posición en un proceso adelantado de acuerdo con los ritos preestablecidos (C.N art 29) y es que el litisconsorcio necesario se explica porque es imperativo para la justicia decidir uniformemente para todos los que deben ser litisconsortes.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

Acorde con lo que establecen los textos mencionados, los cuales son aplicables en los juicios del trabajo a falta de norma específica sobre el tema en el C.P.L, la exigencia de conformar el litisconsorcio obedece en primer término a la naturaleza de la relación jurídica sustancial que da lugar al litigio o, en segundo lugar, a que la ley en forma expresa y en precisos casos imponga su integración.

Ahora bien, se hace indispensable la integración de parte plural en atención a la índole de la relación sustancial, cuando ella está conformada por un conjunto de sujetos, bien sea en posición activa o pasiva, en modo tal que no sea "... susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos. En tal hipótesis, por consiguiente, un pronunciamiento del juez con alcances referidos a la totalidad de la relación no puede proceder con la intervención única de alguno o algunos de los ligados por aquella, sino necesariamente con la de todos. Sólo estando presente en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial queda debida e íntegramente constituida desde el punto de vista subjetivo la relación jurídico-procesal, y por lo tanto sólo cuando las cosas son así podrá el Juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado".

Por tanto, estamos frente a un litisconsorcio facultativo, razonamiento que encuentra además su sustento en la sentencia SL383-2021, en la que se dispuso:

"Descendiendo la jurisprudencia en cita al caso objeto de análisis, encuentra esta Sala que, **no resultaba indispensable la vinculación de las codeudoras Cementos Argos S. A., Coltejer S. A y Textiles Fabricato Tejicondor S. A.,** pues se reclama la declaratoria de la actualización de las mesadas adeudadas por Industrial Hullera S. A. en liquidación, entidad que tiene la obligación principal sobre dichos conceptos y con quien existe la relación jurídica que dio origen al proceso.

Además, se peticiona una obligación que no se encontraba plenamente definida, pues, se recuerda, por vía constitucional se amparó el otorgamiento de las mesadas y no se pronunció sobre su actualización y reajuste; argumento que ratifica la necesidad de la vinculación del obligado principal, mientras que la de los solidarios es voluntaria, siguiendo el precedente CSJ SL9585-2017.

Por tanto, lo pretendido podría formularse exclusivamente contra Industrial Hullera S. A. en liquidación, siendo posible resolver de fondo sin que, necesariamente, se encuentren vinculadas las sociedades matrices, pues, aquella es la obligada primordial y estas son subsidiarias, cuya defensa se encamina a

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

derruir los supuestos que edifican la aludida solidaridad, más no la existencia del derecho. **En ese orden, como la relación de derecho sustancial en el caso objeto de análisis se puede escindir, se está ante un litisconsorcio facultativo.**

Tal circunstancia adquiere mayor relevancia, si se recuerda que la Corte Constitucional, en decisión CC SU-636-03, dispuso su orden para proteger los derechos fundamentales vulnerados, de forma *definitiva* respecto de Industrial Hullera S. A., mientras que, a las sociedades matrices, de manera *transitoria*, lo que ratifica que las obligaciones eran escindibles y que éstas últimas tiene una responsabilidad subsidiaria.

**En ese orden, en el *sub lite* se está frente a un litisconsorcio facultativo, por el cual, de conformidad con el artículo 50 del CPC, los actos procesales, entendidos como recursos, impulsos o medios exceptivos, así como los sustanciales tienen efectos positivos o negativos, de forma independiente a todos los litisconsortes".** (Negrillas por la Sala).

De esta manera, los efectos de la notificación a los que se refiere el artículo 94 del C.G.P. se surten separadamente, de manera que, al integrarse al proceso a la U.A.E.R.M.V. a través de la reforma de la demanda y ser un litisconsorte facultativo, la providencia a tener en cuenta para contabilizar si transcurrió el año de que trata el artículo 94 del C.G.P., no puede ser otra que el auto que admitió la reforma de la demanda.

Así, tenemos que el auto que admitió la reforma de la demanda, se notificó el 11 de julio de 2017 (fl.218), por manera que se tenía para lograr la notificación de tal providencia a la U.A.E.R.M.V. hasta el 11 de julio de 2018, lo que se logró notificar personalmente a tal entidad, el 14 de noviembre de 2017, por lo que, a juicio de la Sala, se logró interrumpir en debida forma el fenómeno prescriptivo; mismo razonamiento que se debe realizar en relación con **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** frente a quien se admitió su llamamiento en garantía mediante providencia notificada el 22 de marzo de 2018 (fl.349), y de quien se logró su notificación personal el 09 de mayo de 2018 (fl.351).

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

Por las anteriores razones, se considera acertada la decisión de la A Quo de no declarar la excepción de prescripción y, en consecuencia, se procederá a estudiar si resulta procedente el pago de la **indemnización moratoria**, y hasta cuándo se debe esta reconocer.

Sobre el tópico, tenemos que la Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo con el **CONSORCIO LUZ** y ordenó el reconocimiento y pago de diferencias de salariales, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, aspecto que avala la Sala.

En efecto, las pruebas militantes en la diligencias permiten considerar que el empleador tenía suma claridad en referencia a que la relación que lo unía con los aquí demandantes era de tipo laboral, puesto que al plenario se arrimaron certificaciones que daban cuenta de que los accionantes tuvieron sendos contratos de trabajo de obra o labor y que la prestación personal del servicio se dio en su favor. Adicionalmente comparecieron los testigos Julio Alberto Suárez Rozo y Dolme Rojas Sánchez, quienes dieron cuenta de la imposición de órdenes no sólo del **CONSORCIO LUZ** sino también del personal de la **U.A.E.R.M.V.**, por lo que, en tales condiciones era claro que se debía reconocer los pagos correspondientes a salarios y prestaciones sociales, derechos que por demás eran mínimos e irrenunciables al resultar palmaria la calidad de trabajadores de los accionantes.

Por las breves consideraciones expuestas, la Sala encuentra atinada la condena fulminada por el a quo, por concepto de indemnización moratoria, por lo que se procede a evaluar si esta se reconoció en debida forma, como quiera que aparecen pagos parciales de las acreencias laborales que se adeudaban a los demandantes.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia expuso en sentencia SL667-2021, lo siguiente:

“En línea con lo dicho, esta Corte, en sentencia CSJ SL7782-2017, dijo:

A ello, debe agregarse que el pago parcial de las obligaciones laborales no enerva la aplicación de las consecuencias establecidas en el artículo 65 del estatuto laboral. Ha dicho la Corte que la mora se presenta, tanto en los casos de falta de pago de la obligación, como en los de pagos parciales o deficitarios, sin importar la cuantía de lo adeudado”.

De esta manera, la Sala se remite a la cesión de derechos económicos derivados de la liquidación del contrato de obra No. 113 de 2011, en el que se observa que el CONSORCIO LUZ cedió todos los derechos de pago provenientes de la liquidación del contrato de obra No. 113 de 2011 a la U.A.E.R.M.V. el 15 de mayo de 2013, y que esta entidad, el 13 de enero de 2014 pagó lo que creyó deber, previo a efectuar descuentos por concepto de seguridad social y parafiscales, por lo que no se denota que fuera su intención sustraerse de las obligaciones que le fueron cedidas por el CONSORCIO LUZ, por el contrario, efectuó el pago a 275 trabajadores que hacían parte del consorcio aludido, de modo que, en tales condiciones su actuar se encuentra encaminado por el sendero de la buena fe, de manera que, resulta razonable que se imponga condena por concepto de indemnización moratoria hasta el día en que se efectuó el pago por parte de la U.A.E.R.M.V., tal y como lo consideró la juez de conocimiento.

#### **COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGURO.**

Con relación a la llamada en garantía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, se encuentra a folios 364 a 368, póliza de seguros No. 3000996 expedida por esa aseguradora el 11 de

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

marzo de 2011, en la que figura como asegurado la U.A.E.R.M.V., la que tiene por objeto amparar *“los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista/ afianzado en virtud de contrato (sic) No. 113 de 2011 celebrado entre las partes, relacionado con la ejecución de actividades operativas administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la unidad administrativa especial de rehabilitación y mantenimiento vial y actividades requeridas en las entidades operativas de la UMV.”* y en la que se garantiza, entre otros, el pago de salarios y prestaciones sociales por un valor asegurado de \$500.000.000, con vigencia entre el 10 de marzo de 2011 y el 10 de marzo de 2015.

En las condiciones generales del contrato de seguro puede leerse, el acápite denominado *“amparo de pagos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales”*, en el que establece lo siguiente:

“Este amparo cubre a la entidad estatal, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato garantizado.

Este amparo, no cubre los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano”

Por tanto, y dado que el amparo se refiere a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, y que por tal razón los perjuicios a que se refiere son precisamente, el tener que asumir tales obligaciones, se considera, en virtud de la solidaridad declarada a la U.A.E.R.M.V., y como quiera que, ésta se ve obligada a efectuar el pago de salarios, prestaciones sociales, e indemnización moratoria debida a los trabajadores demandantes, quienes desempeñaron sus funciones con ocasión a la celebración del contrato No. 113 de 2011, suscrito entre el CONSORCIO LUZ y la U.A.E.R.M.V., que LA PREVISORA S.A.



Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRIA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

COMPANÍA DE SEGUROS, como llamada en garantía S.A. debe asumir en favor de su llamante -U.A.E.R.M.V.- el pago de la suma ordenada en su contra, afectando con ello la póliza que garantizó el cumplimiento del contrato estatal por haber ocurrido el siniestro -incumplimiento- en vigencia del contrato de seguro.

Frente a la **excepción de prescripción** propuesta por la aseguradora, se rememora que el artículo 1081 del C.Co. establece:

**"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Conforme lo anterior, el medio exceptivo no está llamado a prosperar por cuanto solo a través del conocimiento de esta causa, se declara no sólo la obligación del pago de la indemnización moratoria, sino que además, se determina la obligación en cabeza de la asegurada U.A.E.R.M.V., de asumir el pago de la misma en virtud de la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T, por lo que sólo con la ejecutoria de la decisión que se tome sobre el asunto, nace el derecho a efectuar el cobro de la misma en virtud de la póliza constituida a su favor.

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

## **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **GUSTAVO ECHEVERRÍA ÁVILA Y EVARISTO AVENDAÑO NIÑO.**

Demandado: **CONSORCIO LUZ, CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA., ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL.**

### VIII. DECISIÓN

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

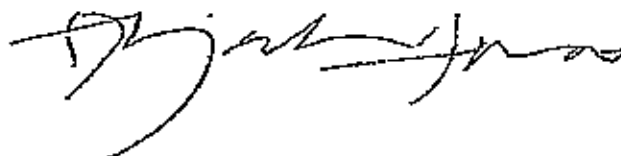
### **R E S U E L V E**

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

**SEGUNDO.** - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de la parte actora y **MILLENIO BPO S.A.** contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **KARYN LORENA SIERRA LÓPEZ** promoviese contra **MILLENIO BPO S.A. y AVANTEL S.A.S.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con la sociedad

**MILLENIUM BPO S.A.** vínculo que se encuentra vigente; que prestó simultáneamente sus servicios para la empresa **AVANTEL S.A.S.**, en dos cargos por intermedio de **MILLENIUM BPO S.A.**: Agente de Call Center y Auditor Formador; que goza de estabilidad laboral en razón de su condición de incapacidad y por ser madre de una menor de cuatro años; y que **AVANTEL S.A.S.** es solidariamente responsable de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita que el pago de la suma de \$15'728.527 por concepto del detrimento patrimonial salarial que padece desde febrero de 2015; \$49'000.000 por concepto de salario desde el 03 de febrero de 2015, así como los correspondientes aportes a pensiones y cesantías, por el desempeño de su cargo de Auditor Formador; indemnización moratoria; y que se mantenga en su cargo hasta su recuperación a la vida laboral activa, por gozar de estabilidad laboral reforzada por su situación de salud.

## **2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones narró que: 1) El 03 de febrero de 2015 celebró contrato de trabajo por obra o labor con **MILLENIUM BPO S.A.**, para desempeñar el cargo de *Agente de Call Center* en las instalaciones de **AVANTEL S.A.S.**; 2) Como salario se pactó la suma de \$1'225.000, no obstante, se le pagaron salarios variables e inferiores al monto referido; 3) La relación contractual se mantuvo *normal* hasta que en mayo (sic) **AVANTEL S.A.S.** le fue asignado un cargo adicional denominado Auditor Formador; 4) En julio de 2015 firmó un contrato por obra o labor con **MILLENIUM BPO S.A.**, con el cargo de Auditor Formador, fijándose como salario la suma de \$900.000; 5) En septiembre de 2015 sufrió un accidente, caída desde su propia altura, que le generó trauma en el pie izquierdo con fractura en el dedo pulgar, incapacidad laboral, sin que hasta la fecha se hubiere logrado su recuperación definitiva; 6) No le han pagado el salario que devengó como Auditor Formador; y 7) Desde marzo

Demandante: **KARYN LORENA SIERRA LÓPEZ.**

Demandado: **MILLENIUM BPO S.A. Y AVANTEL S.A.S.**

de 2018, **MILLENIUM BPO S.A.**, reportó la suspensión en el pago de los aportes a seguridad social integral.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas, las convocadas contestaron en los siguientes términos:

**MILLENIUM BPO S.A.S.**, (fls.101 a 111), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación demandada, falta de título y causa para pedir, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la genérica.

Aceptó que el 03 de febrero de 2015 se suscribió un contrato de trabajo por obra o labor con la actora, para que desempeñara el cargo de Agente de Call Center; que en el contrato firmado con la demandante en julio de 2015, se dispuso que el salario sería de \$900.000; y que el accidente que sufrió la actora le generó una incapacidad que hasta el momento no ha podido superar.

Expuso que en julio de 2015 a la accionante se le asignó el cargo de Auditora y se le incrementó el salario a \$900.000, pues en el cargo de Agente de Call Center percibía la suma de \$885.000.

Finalmente, adujo que ha cumplido con su obligación legal de pagar salario y prestaciones sociales de acuerdo al contrato de trabajo de la accionante; y que las incapacidades de la accionante han sido asumidas por el sistema integral de seguridad social.

Por su parte, **AVANTEL S.A.S.**, (fls. 189 a 199) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de relación laboral, inexistencia de solidaridad,

prescripción, inexistencia de pruebas que acrediten relación laboral con AVANTEL, buena fe, inexistencia de la obligación a cargo de AVANTEL, falta de legitimación en la causa por pasiva, y la innominada o genérica.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que suscribió contrato de prestación de servicios con la sociedad **MILLENIUM BPO S.A.**, para la atención efectiva, eficiente, y técnicamente especializada de todas las consultas y requerimientos asociados al proceso de servicio al cliente, de forma autónoma o continua; que se pactó con **MILLENIUM BPO S.A.**, que las obligaciones laborales corrían única y exclusivamente a cargo de este; que la accionante no prestó servicios en sus instalaciones; y que no desplegó actos de subordinación sobre la actora.

Indicó que no tiene el mismo giro ordinario de los negocios que lleva a cabo **MILLENIUM BPO S.A.**, pues son objetos sociales diferentes; y que por lo anterior, no se puede predicar solidaridad en caso de que se impongan condenas.

Finalmente, explicó que el contrato de prestación de servicios suscrito con **MILLENIUM BPO S.A.**, terminó el 15 de junio de 2016, por lo que no es dable predicar la existencia de una relación comercial con **MILLENIUM BPO S.A.**; y que no se deben imponer costas, dado que **MILLENIUM BPO S.A.**, ha mantenido en el empleo a la demandante.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 12 de marzo de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato por obra o labor determinada entre **MILLENIUM BPO S.A.** como empleador y la actora, como trabajadora, desempeñando el cargo de Agente Senior de Call Center, del 03 de febrero a junio de 2015, y de julio de 2015 hasta la fecha, como Auditora de Calidad y Auditora

Demandante: **KARYN LORENA SIERRA LÓPEZ.**

Demandado: **MILLENIUM BPO S.A. Y AVANTEL S.A.S.**

Formadora, devengando como salario inicial la suma de \$885.000 como remuneración fija y una remuneración variable, y como último salario la suma fija de \$900.000

**SEGUNDO: ORDENAR** a MILLENIUM BPO S.A. mantener en el empleo a la actora, garantizándole sus derechos laborales y prestacionales, previniendo a MILLENIUM BPO S.A. para que en adelante se abstenga de desvincular a la trabajadora sin contar previamente con una autorización del Ministerio de Trabajo. Lo anterior tiene como respaldo jurisprudencial en sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la T-568 de 2013 o hasta que supere su condición de incapacidad.

**TERCERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada, buena fe, cobro de lo no debido formuladas por MILLENIUM BPO, y de inexistencia de prueba que acredite relación laboral con AVANTEL S.A.S, inexistencia de la obligación a cargo de AVANTEL S.A.S., y buena fe, formuladas por AVANTEL S.A.S.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las demás excepciones.

**QUINTO: ABSOLVER** a AVANTEL S.A.S. como responsable solidaria de acuerdo a lo indicado en la motiva.

**SEXTO:** Sin condena en costas a las partes.

Para fundamentar su decisión el A Quo valoró el acervo probatorio recaudado, concluyendo que, especialmente del contrato de trabajo allegado, se desprende que la actora fue contratada por **MILLEMIUM BOP S.A.**, para desempeñar el cargo de *Agente Senior* a partir del 03 de febrero de 2015, y por el tiempo que durara la campaña de **AVANTEL S.A.S.**, con la empresa; que se pactó como salario la suma de \$885.000 junto con una remuneración variable; que a partir de julio de 2015 empezó a desempeñar el cargo de *Auditor de Calidad*; que posteriormente fue *Auditor de Formador*; y que su salario al año 2017 era la suma de \$900.000.

Indicó que no existe ninguna prueba con la que se pueda establecer que a la accionante le aumentaron su salario como consecuencia de su cambio de cargo, por lo que no es dable deprecar que el empleador incurrió en algún incumplimiento de sus obligaciones; y que no es dable imponer sanción moratoria, ya que no existe condena por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Adujo que, al evidenciarse que la actora se encuentra en incapacidad desde septiembre de 2015, que presenta una pérdida de capacidad laboral del 16.50% conforme dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que el empleador tiene conocimiento de su situación de salud, y que tiene una serie de recomendaciones de su A.R.L. y E.P.S., sería ineficaz la terminación de su contrato de trabajo si no se solicita permiso al Ministerio de Trabajo, por cuanto goza de estabilidad laboral reforzada conforme a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

Finalmente, explicó que no existía solidaridad entre las demandadas, por cuanto no se impuso condena a cargo de **MILLENIUM BPO S.A.**, y el contrato que celebró con **AVANTEL S.A.S.**, se extinguió en mayo de 2016.

#### **IV. APELACIÓN**

##### **PARTE ACTORA.**

Señaló que está demostrado que la actora celebró un contrato de trabajo con **MILLENIUM BPO S.A.**, para desempeñar el cargo de Agente Senior, pero que más adelante desempeñó el cargo de Auditor de Calidad al tiempo que efectuó el de Auditor Formador, sin que en ningún momento se determinara la remuneración que debió percibir la actora en virtud de que cumplió dos roles diferentes durante un periodo contractual igual; y que se certificó que al modificarse el contrato de trabajo de la actora, también se efectuó un cambio de salario, no obstante, en virtud del principio del ius variandi, si bien el empleador tiene algunas libertades de modificar el contrato, también es cierto que tal facultad se encuentra limitada, ya que no se puede cambiar el salario sin que conste por escrito y sin autorización del trabajador, tal y como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia.



Agregó que por lo anterior, al desempeñarse dos cargos debe existir una doble remuneración, más aún cuando la Gerente de Talento Humano señaló que en otras campañas, la función de Auditor de Calidad y de Auditor Formador eran dos cargos diferentes, y quedó acreditado que debía prestar un doble informe a diversas gerencias y áreas de la empresa.

#### **MILLENIUM BPO S.A.**

Argumentó que como en la fijación del litigio se señaló que se excluía del debate probatorio el tema de la estabilidad laboral reforzada por cuanto la actora se encontraba trabajando; no debió el juez emitir pronunciamiento sobre el asunto en la parte resolutive de la sentencia, y que en todo caso, debe tenerse en cuenta que a la fecha, la demandante continúa en la empresa, por lo que no era necesario que se ordenara que la trabajadora debía ser mantenida en su empleo.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admitieron los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar su posición.

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado que la accionante desempeñó dos cargos distintos al mismo tiempo en **MILLENIUM BPO S.A.** y si como consecuencia de ello, se debió pagar una doble remuneración o debe ser reajustada su base salarial; y si se encuentra ajustada a derecho la declaración de mantener en el empleo a la actora por cuanto goza de estabilidad laboral reforzada por su situación de salud pese a que cuando se fijó el litigio ello se dejó por fuera de la controversia.

### **Del salario o remuneración.**

El salario es pago que recibe el trabajador en el contrato de trabajo como contraprestación por sus servicios; rubro que puede ser fijado por la libre estipulación por parte del empleador y el trabajador, en virtud de la facultad del *ius variandi*. Al respecto, el inciso 1° del artículo 132 del C.S.T. establece:

#### **“ARTICULO 132. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION.**

1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”.

De otro lado, el *ius variandi*, es la facultad que tiene el empleador de variar o modificar unilateralmente las condiciones iniciales del contrato de trabajo, facultad derivada de su poder subordinante. Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 02 de septiembre de 2008, rad. 31701, en la que evocó la del 11 de diciembre 1980, rad. 6199, así como en la SL119-2021, señaló:

"El ius variandi de que se habla en la doctrina y en la jurisprudencia, es precisamente el derecho que tiene el empleador, dentro de ciertas limitaciones, a disponer cambios en las circunstancias de modo, tiempo, de lugar, de calidad y de cantidad, que conlleva la actividad laboral. De allí que en ejercicio de esas facultades puede el patrono, con las limitaciones aludidas, ordenar modificaciones, variaciones, alteraciones y cambios, en tareas, horarios, promociones, secciones, traslados, etc.

En lo atinente al salario, la misma corporación adujo en sentencia **SL3439-2020**:

"La Sala no ignora que el empleador cuenta con el privilegio de organizar y dirigir el trabajo, tal cual lo asentó el juez colegiado. Empero, en el marco constitucional memorado, deviene inadmisibles las legitimaciones de medidas que evidentemente ultrajaron la dignidad y demás derechos de los accionantes.

El fallador de la alzada no podía desestimar la afectación de los ingresos de los trabajadores, propiciada por el empleador al crear el escenario que imposibilitó la prestación del servicio en las condiciones acostumbradas, bajo el fundamento del ejercicio de una facultad con propósitos contrarios al ordenamiento legal y constitucional. Tal razonamiento del juzgador de segundo grado contraría el criterio inveterado de la Corte, según el cual:

[...] es de la naturaleza de la relación jurídica que se establece entre las partes en el contrato laboral que el empleador de al trabajador la posibilidad de laborar, que se traduce en que este pueda efectivamente prestar personalmente el servicio para el que fue vinculado y a cambio del cual se le remunera. Esa es la razón de ser, por ejemplo, de una preceptiva como la del artículo 57 -1 del C.S. del T. Y sólo puede el dador del empleo exonerar al trabajador de laborar, pero de manera excepcional, como lo ha dicho la jurisprudencia, atendiendo en todo caso motivos serios, racionales y justos, pues el capricho y la arbitrariedad en una decisión semejante, comprometen la buena fe que manda el artículo 55 ibídem, generando responsabilidad jurídica a cargo del empleador.

Además, la disposición patronal de relegar al trabajador a la pasividad laboral, sin ninguna justificación seria, racional y justa, como acontece en el caso, según con acierto lo dedujo el ad quem, deviene abuso de la potestad subordinante y aparte de lesionar el derecho del primero a prestar personalmente el servicio, agrede su dignidad humana, que le da un estado jurídico al poseedor de la energía de trabajo, que impide que se desconozcan sus derechos mínimos. Tal es la razón de la limitación que a la subordinación jurídica del trabajador respecto al empleador, le impone a éste la parte final del literal b) del ordinal 1º) del artículo 23 del C.S. del T, subrogado por el artículo 1º de la ley 50 de 1990. (Sentencia CSJ SL, 13 jun. 2002, rad. 17425)"

De esta manera, es claro que las condiciones salariales de un trabajador pueden cambiar, ya sea por acuerdo entre las partes o en virtud de la facultad del ius variandi, facultad que en todo caso no puede lesionar la dignidad humana del trabajador ni desconocer sus derechos fundamentales.

**De la estabilidad laboral reforzada -fuero de salud.**

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

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

**"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada

como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

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

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la

indemnización sancionatoria): i) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; ii) que el empleador conozca de ese estado de salud; y, iii) que termine la relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

En la sentencia **SL10538-2016**, dijo:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

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

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

No son motivo de controversia los siguientes hechos:

- i) La existencia de un contrato de trabajo suscrito entre Lorena Sierra López y la sociedad **MILLENIUM BPO S.A.** desde el 03 de febrero de 2015, mediante contrato de obra o labor para desempeñar el cargo de *Agente Senior*, por el

- tiempo que durara la labor encargada por **AVANTEL S.A.S.** (fls. 112 a 116).
- ii) El salario inicialmente pactado para el desempeño del oficio encomendado, por valor de **\$885.000** más una variable prestacional; hecho que se prueba con los comprobantes de pago de los meses de febrero a junio de 2015. (fls. 117 a 125).
- iii) Que la demandante para el 06 de agosto de 2015, desempeñaba el cargo de *Auditor Calidad*, y que percibía un salario de **\$900.000**, conforme se desprende de la certificación expedida por **MILLENIUM BPO S.A.**, sin indicar desde cuándo ostentaba dicho cargo (fl.51), hecho que se reafirma con los comprobantes de pago de los meses **de julio de 2015 a junio de 2016**, en los que se logra apreciar que el cargo que allí aparece es el de *Auditor de Calidad*, tiempo en el que la actora devengó un salario básico de **\$900.000** más una variable prestacional (fls. 126 a 149).
- iv) Que la accionante presentó caída de su propia altura en septiembre de 2015, motivo por el que presenta una *"fractura de los huesos del dedo gordo del pie"* y/o *"falange proximal de primer artejo izquierdo"* (fls. Historia clínica de fls 40 a 42).
- v) El 27 de abril de 2016, **MILLENIUM BPO S.A. y AVANTEL S.A.S.**, celebraron contrato de prestación de servicios con la finalidad de que la primera, prestara la atención efectiva, eficiente y técnicamente especializada de todas las consultas y requerimientos asociados al proceso de servicios al cliente, de forma autónoma y continua. El anterior contrato terminó el 15 de junio de 2016 (medio óptico de folio 200).
- vi) Que el 19 de marzo de 2017, **CAFESALUD E.P.S.** expidió concepto de rehabilitación desfavorable a la accionante (fl.151).
- vii) Que la demandante fue calificada por Seguros de Vida Alfa el 08 de abril de 2017, con una pérdida de capacidad

laboral del **14,20%** por accidente de origen común, con fecha de estructuración, 21 de febrero de 2017 (fls. 45 a 49).

viii) Que el 18 de diciembre de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca, estableció una pérdida de capacidad laboral del **16,50%** por accidente de origen común, con fecha de estructuración, 27 de noviembre de 2017 (fls. 40 a 42).

ix) Que el 08 de agosto de 2017, **MILLENIUM BPO S.A.** nuevamente certificó que la actora desempeña el cargo de *Auditor Formador*, y que devengaba un salario de **\$900.000**, sin establecer los extremos temporales en que inició en tal cargo (fl.50).

x) Finalmente, no es objeto de controversia que el 16 de febrero de 2018, **MEDIMAS EPS** efectuó recomendaciones al empleador **MILLENIUM BPO S.A.**, por la condición de salud de su trabajadora, (fls.43 y 44).

Dentro de la etapa probatoria se recaudó la **testimonial** de Miriam Shirley Rojas, Lorena Catalina Daza Aragón y Danny Robinson Tula Calvo declaraciones de las que se extracta lo siguiente:

**Miriam Shirley Rojas**, adujo que es Gerente de Operaciones con MILLENIUM BPO S.A.; que la actora está pidiendo el pago del salario de dos cargos que dice haber desempeñado; que MILLENIUM BPO S.A. tuvo contrato con AVANTEL S.A aproximadamente en el periodo 2010-2015 o 2016; que contrataron personal para atender la línea de atención, videollamadas y correos del cliente de AVANTEL S.A; que los servicios se hacen dentro de las instalaciones de MILLENIUM BPO S.A.; que el Auditor Formador es quien enseña lo que se tiene que decir en la línea y el Auditor de Calidad es el que revisa la llamada; que los anteriores cargos los puede hacer la misma persona, por cuanto son cargos muy similares; que los salarios en tales cargos son muy parejos; que no recuerda la fecha en que



se ascendió a la actora a capacitadora ni cuándo fue Auditora de Calidad; que el salario subía un poquito de Agente Junior a Auditor, dado que tienen una estrategia que se llama plan carrera; que se manejaban varios horarios, porque la línea era 24/7; que la actora no podía tener un turno como Agente Junior y otro como Auditora y/o Formadora; que se trabajaban 48 horas semanales y ocho horas diarias; que la actora aparece activa en la planilla de seguridad social; que normalmente el cambio de cargo, se hace por el plan de carrera que tiene MILLENIUM BPO S.A.; que eventualmente cuando la demanda de llamadas es alta, los auditores y formadores ayudan a contestar y cumplir con los indicadores, entonces dejan de hacer su función que es formar, para sentarse a contestar y apoyar la línea; que el cargo de Auditor de Calidad y Formador son diferentes, se complementan porque se puede auditar y formar en lo que se encuentre que está mal; que hubo personas que ejercieron la doble labor; que la actora no debía de responder a dos gerencias de MILLENIUM BPO S.A.; y que los supervisores de AVANTEL S.A. no tenían injerencia sobre la operación o decisión sobre la labor de la actora, su interlocución era con el Gerente de Cuentas o con los Jefes de Operación.

Por su parte, **Lorena Catalina Daza Aragón** informó que era la Gerente de Gestión Humana desde enero de 2015; que la actora se incapacitó en septiembre de 2015; que ingresó como Agente Senior, pero luego tuvo un cambio de cargo, a Auditor de Calidad; que ante los diferentes correos que fueron remitidos por la accionante, se revisó su caso, y se determinó que muy posiblemente el cargo de Calidad y Formador lo hacía una sola persona por ser una campaña pequeña la de **AVANTEL S.A.**; que no se encontró nada por escrito; que desde 2017, la actora estaba como Auditor Formador; que en ese cargo el salario no mejora, por cuanto se hacía la función de Auditor y de Formador, ya que la campaña al ser tan pequeña, da el tiempo para realizar las dos funciones, audita la operación y al mismo tiempo forma a las personas a su cargo sobre lo que hay que mejorar en la operación;

que no tiene conocimiento, si la actora en algún momento cumplió la doble función de Asesor de Calidad y Auditor Formador; que al no tener cómo establecer si cumplía tales funciones, se decidió certificar el cargo, por tener su operación funciones de Formador y Auditor; que el posible cambio en el primer cargo se dio en junio de 2015, y en 2017, después de los correos de la actora, se efectuó el otro cambio de funciones; que para el cambio de Auditor de Calidad existió un documento, pero no se pudo entregar debido a las incapacidades de la actora; que el salario para los dos cargos es \$900.000; que los auditores de calidad son las personas que están oyendo las llamadas de los agentes, deben asegurarse que éstos sigan el protocolo y se rijan bajo los parámetros que el cliente nos dice, en pocas palabras, auditan la llamada; que la campaña con **AVANTEL S.A.S.**, es muy pequeña, las funciones de auditoría ayudan en la parte de formación, pues se puede encontrar el error e indicar la forma adecuada de vender; que es posible que un supervisor ejerza funciones de Call Center en ciertos momentos, con el fin de hacer la calibración de lo que se tiene que mejorar; que como Auditor Formador la actora podía auditar las llamadas, gestionarlas, sentarse y hacer llamadas para que sirvieran de ejemplo; que con **MILLENIUM BPO S.A.**, no se puede tener dos contratos, puedes cambiar de cargo, por el plan carrera o hacerse un otro sí; que los salarios de agente de calidad y auditor formador es un salario fijo y en muchas de las operaciones hay variables según los indicadores o ventas; que **MILLENIUM BPO S.A.**, en campañas más grandes tiene personal para Formador y Auditoria, eso depende de lo que se pacte con cada cliente; que la función de Auditor de calidad y Formador no siempre son diferentes, para algunas operaciones las funciones de Auditor están dentro del cargo de Formador; y que la certificación que se le dio a actora no fue por la presión de ella, pero al indicarnos e insistir que desarrollaba las dos funciones, nosotros entramos a indagar, y por eso no se le dio la certificación.

Finalmente, **Danny Robinson Tula Calvo**, señaló que trabajó para **MILLENIUM BPO S.A.**, desde el 04 de febrero de 2015 hasta agosto del 2016; que la actora entró como Asesor Comercial y luego pasó a ser Asesor de Calidad; que cuando ingresaron a inaugurar la línea de ventas de telefonía de **AVANTEL S.A.S.**, no existía el cargo de Formador porque la campaña era muy pequeña; que en mayo de 2015, se abrió una vacante para iniciar con formadores y se seleccionó a la actora; que el Asesor Comercial sólo se dedica a las llamadas y vender el producto; que el Formador es quien da las capacitaciones, les enseñaba cómo se debían hacer las llamadas; que la actora fue formadora como desde mayo de 2015 hasta que sufrió lo del pie, en agosto de la misma anualidad; que al principio entre los cargos no había diferencia en el salario, como se supone que era un puesto nuevo, ella seguía con un salario básico, se le cambió como tal la función, el nombre del cargo, se le hizo un contrato con las nuevas funciones, pero el salario no se le mejoró, supuestamente se le iba a mejorar a futuro; que como Formadora se mantiene el salario base, empero, que como asesores manejaron comisiones y bonos, y la actora ya no iba a recibir eso; que la actora le contaba que presentaba informes básicos a calidad y formación, y que lo hacía a Sergio (sic) y a Clara (sic); que Sergio era la persona de formación y Clara la persona de Calidad, y que ambos trabajaban para **MILLENIUM BPO S.A.**; que habían informes semanales y otros mensuales; que en otras campañas el personal de calidad y de formación era diferente; y que las actividades de la actora como Asesor eran esporádicas, luego de ser nombrada en Calidad.

Por otra parte, en **interrogatorio de parte la representante legal** de **MILLENIUM BPO S.A.**, Ana María Zuluaga Camacho, manifestó que en el cargo de agente de Call Center se deben responder llamadas y atenderlas; que el Auditor Formador, escucha las llamadas para evaluar la calidad y luego retroalimenta a la gente de cómo mejorar la llamada; que el cargo de Formador en muchos casos es el mismo de Auditor, escucha

la llamada y retroalimenta al personal, eso depende depende del volumen de llamadas que esté auditando; que el 03 de agosto de 2017, **MILLENIUM BPO S.A.**, expidió una certificación la actora con el cargo de Auditor Formador y para el 06 de agosto del 2015, se certificó con el cargo de Auditor de Calidad, ya que es el mismo cargo, a pesar que tengan diferente nombre; y que en el contrato laboral del 03 de febrero de 2015, aparece como cargo el de Agente Senior, pero en julio del mismo año se cambió el rol de la actora a Agente de Calidad o Formador.

Por su parte *la demandante* en interrogatorio de parte adujo que ingresó al cargo de Agente de Ventas Senior el 03 de febrero de 2015; que inició con \$886.000, empero que su salario siempre fue variable y superior a \$1'000.000; que en mayo de 2015, le dijeron que estaba en un periodo de prueba; que en julio de 2015 le entregaron su contrato como Auditor de Calidad; y que en su nuevo cargo devengaba \$900.000 como salario básico.

Pues bien, evaluado el caudal probatorio en su integridad considera la Sala que se encuentra acreditado que la accionante laboró para **MILLENIUM BPO S.A.** inicialmente como Agente Senior o Agente de Call Center, y que a partir de julio de 2015, hubo una modificación de las condiciones contractuales por cuanto se le delegó para el desempeño de un nuevo cargo denominado *Auditor de Calidad*, cargo por el que se le reconoció como remuneración la suma de \$900.000.

También se concluye, de la prueba recaudada , que los cargos de Auditor de Calidad y de Auditor de Formación, son cargos compatibles que pueden complementarse, pues en el primero el auditor verifica si existe un error en la forma como se están atendido las correspondientes llamadas por el Agente de Call Center, y en el segundo, se enseña o se imparten instrucciones a los agentes de call center, a partir de los yerros que se podrían encontrar cuando se audita una llamada; ysi bien no desconoce la Sala que los testigos Miriam Shirley Rojas,

Lorena Catalina Daza Aragón y Danny Robinson Tula Calvo, manifestaron que los cargos de Auditor de Calidad y Auditor de Formación eran diferentes, también lo es que de sus declaraciones se logra extraer que la remuneración en ambos cargos era la misma, y que en campañas pequeñas, como era la que tenía **MILENIUM BPO S.A.**, con **AVANTEL S.A.S.**, se podían juntar las funciones de Auditor de Calidad y Auditor de Formación en una sola persona, como ocurrió con la accionante, por lo que la remuneración de un solo valor en tales condiciones se encuentra ajustada a derecho.

De esta manera, considera la Sala que aunque no resulta incompatible con la legislación vigente que al interior de una empresa un trabajador desempeñe varios roles y cada uno de ellos pueda ser remunerado por aparte, lo cierto es que en el caso de marras no se dan los presupuestos fácticos que acrediten que la actora tuvo al mismo tiempo y en forma divisible dos cargos al interior de la empresa y que por ello deba reconocérsele una doble remuneración por el ejercicio de funciones que correspondían tanto al cargo de Auditor de Calidad como al de Auditor de Formación - funciones o cargos que, en sentir de la Sala terminaron confundiéndose al ser ejercidos indistintamente - así como tampoco que sea procedente un reajuste en su base salarial, ya que dentro de la escala salarial no existía diferencia entre tales cargos, pues como se dijo, para ambos cargos se pagaba la misma remuneración, que según los testigos aludidos y la demandante en interrogatorio de parte, ascendía a la suma de \$900.000, por lo que, a juicio de la Sala el cargo de Auditor de Calidad y Auditor de Formación en el caso de la accionante confluyen en un solo cargo.

Del mismo modo, no sobra advertir que contrario a lo expuesto por el apoderado de la parte actora en relación con el principio del ius variandi, esto es, que las modificaciones efectuadas al contrato de trabajo deben constar por escrito, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en

sentencia SL14991-2016, ha explicado que siendo el ius variandi un derecho del empleador, éste tiene la facultad de ejercitar de manera unilateral cambios contractuales, siempre y cuando, no afecte los derechos mínimos del trabajador, al dimanar tal facultad de la potestad subordinante del empleador, por lo que no es necesario que se efectúen estipulaciones expresas. En la sentencia citada dijo la H. Corte:

“En concordancia con lo anterior, la Corte no puede suscribir una tesis como la que defiende la censura, relativa a que las cláusulas iniciales del contrato de trabajo son inmodificables de manera unilateral, en la medida en que, por el respeto a la libertad contractual, las reformas siempre deben constar por escrito y provenir de un acuerdo entre las partes. Ello en virtud de que, como anteriormente se mencionó, por la naturaleza especial del contrato de trabajo y sus diferencias sustanciales respecto de los contratos civiles y comerciales, en desarrollo del poder subordinante y por razones de eficiencia, racionalización de la producción y organización de la empresa, etc., es posible para el empleador alterar unilateralmente algunas de las condiciones no esenciales de la relación de trabajo, sin que le sea oponible la libertad contractual o algún principio de bilateralidad en las reformas. Esta Sala de la Corte, en sentencias como la CSJ SL, 2 sep. 2008, rad. 31701, ha señalado al respecto que,

...siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se trata, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo...”

Por lo anteriormente expuesto, considera la Sala que no hay lugar asignar una doble remuneración a favor de la accionante ni a reajustar su base salarial, dado que se encuentra acreditado que las funciones de la actora como Auditor Formador y Auditor de Calidad convergen en un mismo cargo, que no era necesario que los cambios contractuales constaran por escrito, así como tampoco se encuentra que el ser denominado por la empresa como Auditor Formador o Auditor de Calidad hubiesen generado

una desmejora salarial, por cuanto su remuneración es igual, que una vez la accionante fue nombrada como Auditor de Calidad o Formador se denota que su salario aumentó de \$885.000 a \$900.000, y que conservó su variable prestacional, la que si bien no ha sido devengada, es por la especial situación que presenta la accionante, quien se encuentra incapacitada desde septiembre de 2015.**De la fijación del Litigio en la audiencia del Art. 77 del C.P.T. y de la S.S..**

Al respecto, la Sala en primer lugar debe recordar, que en la demanda se solicitó que se ordenara a la empresa aplicar el principio de estabilidad laboral reforzada con ocasión a su situación de salud y ser madre de una menor de cuatro años; y que dicha estabilidad se debía mantener después que le fuera realizado procedimiento quirúrgico y hasta la recuperación de su vida laboral activa.

Para resolver el punto de apelación dela pasiva se tiene que **en audiencia del Art. 77 del C.P.T y de la S.S.,** llevada a cabo el **05 de agosto de 2019,** el Juez de Conocimiento señaló al momento de fijar el litigio lo siguiente:

“No creo que sea necesario entrar a hablar de estabilidad laboral porque **encuentro que no se ha desconocido,** ella sigue vinculada, tanto que ustedes me informaron que tenía ya orden de reintegro el 08 de agosto, entonces dejemos por fuera ese problema jurídico”.

En consecuencia, para la Sala resulta nítido que, al definir o fijar los asuntos sobre los cuales versaría el litigio, el juez de primera instancia excluyó la discusión atinente a la estabilidad laboral reforzada de una persona que había sido despedida o desvinculada laboralmente de manera unilateral de forma discriminatoria, no así con lo que fue objeto de pretensión en la demanda y que fue lo que el juez ordenó en su sentencia, esto es, que se mantuviera en el cargo a la demandante en virtud de su situación de salud hasta que superara su condición de discapacidad.

Aunado a ello, no puede pasarse por alto que una decisión en contrario podría vulnerar derechos mínimos e irrenunciables de la trabajadora, pues ante la revocatoria de la sentencia, podrían eventualmente verse menoscabados los derechos fundamentales del trabajo, mínimo vital, y seguridad social, por demás que la estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud, se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social; recuérdese que si bien un concepto de incongruencia actual es tomar una decisión por fuera de lo delineado en la fijación del litigio, tal situación está condicionada a que no se vulneren derechos mínimos e irrenunciables. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4849-2020, explicó:

“(...) un concepto de incongruencia actual y constitucionalmente cimentado, atañe con un desajuste claro e inequívoco entre lo pedido y lo concedido en el fallo, desde el concepto de las alegaciones de hecho de la demanda y la contestación, lo delineado en la fijación del litigio y lo reclamado en la impugnación, **que no está vinculado con los derechos mínimos e irrenunciables y que tenga «[...] repercusión directa en la relación jurídica sustancial de las partes, lo cual, obviamente, violenta el derecho de éstas a la contradicción y a la defensa»**, lo último, según se explicó en la sentencia CSJ SL17741-2015”.

Sentado lo anterior, encuentra la Sala de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba que la accionante tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, ya que en el dictamen emanando de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se pone de presente que padece de una



pérdida de capacidad laboral del **16,50%**, motivo por el que **MILLENIUM BPO S.A.**, considera la Sala acertada la decisión de mantener a la actora en su cargo hasta que supere su situación de discapacidad, y de desvincularla a menos que cuente con la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

#### **VII. COSTAS**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO. - Sin costas** en esta instancia.

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

Demandante: **KARYN LORENA SIERRA LÓPEZ.**

Demandado: **MILLENIUM BPO S.A. Y AVANTEL S.A.S.**

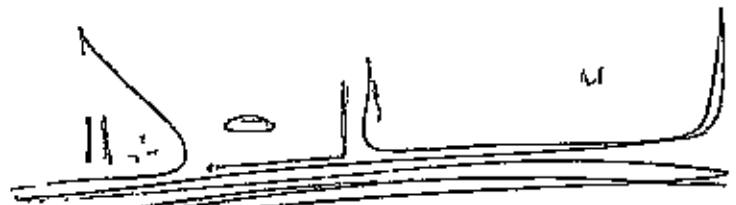
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de la parte actora y de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO ARENAS RENDÓN** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. HECHOS.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “nulidad” que realizó del Régimen de Prima Media

al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita su traslado de PROTECCIÓN S.A. al régimen de prima media, junto con todos los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, frutos, intereses, y rendimientos; y que COLPENSIONES lo acepte sin solución de continuidad desde el 09 de agosto de 1988.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 116 a 133), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante solicitó su retorno a COLPENSIONES cuando ya contaba con 60 años, por lo que se encontraba inmerso en la prohibición legal de trasladarse de que trata la Ley 797 de 2003, esto es, la imposibilidad de efectuar traslados de regímenes cuando falten menos de diez años para cumplir la edad pensional; que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; y que el accionante no gozaba de una expectativa pensional para que fuera objeto de una protección intermedia.

Indicó que el actor no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, por lo que no puede retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

Explicó que el error que se alega es de hecho, no obstante, este no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que operó la excepción de prescripción, dado que el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C., es de cuatro años; y que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., ya que, ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión.

Manifestó que en el precedente de la Corte Suprema de Justicia en las que se declaró la ineficacia del traslado, protegió personas con expectativas legítimas, pues eran beneficiarios del régimen de transición o estaban muy cercanas a adquirir el derecho de pensión al momento de su traslado; que la carga de la prueba recae en cabeza de quien lo alega, esto es, la parte actora; y que para la fecha del traslado no era obligación de los fondos privados dejar constancia de las circunstancias que rodearon la suscripción del formulario de afiliación.

En último término, señaló que declarar la ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues precisamente las razones de la exequibilidad de la modificación de la Ley 797 de 2003, referente a la imposibilidad de trasladarse cuando faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, tienen como fin evitar la descapitalización del sistema pensional, por demás que este es un principio del Estado Social de Derecho.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 156 a 167) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Indicó que todas las personas que han requerido su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; que lo anterior, quedó plasmado en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que la asesoría se brindó al accionante de conformidad con la normatividad y exigencias de la época; que al actor se le informó que la posibilidad de optar por una pensión anticipada siempre y cuando se cuente con un capital suficiente que permite financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo, la figura de la pensión de garantía mínima, posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado, así como las implicaciones que apareja el cambio de régimen pensional.

Manifestó que no es dable predicar un error, dado que se brindó la información necesaria al accionante para que conociera las consecuencias que aparejaba el traslado de régimen pensional; que el actor conocía la especie u objeto del contrato, así como la calidad de este; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que la entidad jamás ejerce ni ha ejercido fuerza o presión para lograr la afiliación de una persona.

Señaló que sólo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, se estableció el deber de

informar a los consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales; que la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecen el deber de poner a disposición de los usuarios herramientas financieras que permitan obtener mayor comprensión sobre el régimen pensional seleccionado y los efectos que acarrea su decisión de trasladarse o permanecer en uno o en otro; que hasta la Circular 016 de 2016 se exigió conservar soportes documentales que den cuenta de la doble asesoría; y que lo anterior, encuentra respaldo en Concepto 2015123910-002 de 2015, proferido por la Superintendencia Financiera.

Adujo que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establecía la posibilidad de trasladarse cada tres años, lo que se amplió con la Ley 797 de 2003, estableciéndose cinco años, sin que tales oportunidades fueran usadas por el accionante; y que éste tampoco hizo uso del año de gracia que estableció el Decreto 3800 de 2003 para retornar al régimen de prima media.

Expuso que la variación del monto no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia; y que para solicitar la rescisión de un contrato se cuenta con cuatro años.

En último término, explicó que también es deber de los consumidores financieros informarse sobre los productos o servicios que se pretenden adquirir, así como revisar los términos y condiciones de los respectivos contratos; y que la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria:**

Demandante: **CARLOS ALBERTO ARENAS RENDÓN.**

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

**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP Protección S.A. en el que se encuentra afiliado actualmente, a trasladar COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el demandante en ese régimen.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión.

**TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a volver a afiliarse al demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PROTECCIÓN S.A.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. Sin costas a cargo de Colpensiones

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia les corresponde a los fondos privados acreditar que cumplieron en debida forma con el deber de asesoría, brindando la correspondiente información clara y suficiente a los posibles afiliados de los efectos de su traslado; que en cumplimiento de tal deber de información, los fondos privados debe señalar ventajas y desventajas; y que el simple suministro de un formulario de afiliación es insuficiente para tener por cubierto el deber de información.

Indicó que no se allegó ninguna documental de la que se pueda determinar que la demandada acreditó que cumplió el deber de información; que el actor en interrogatorio de parte manifestó que se le generó un perjuicio, lo que se acredita con los cálculos allegados en la demanda, en los que se evidencia que su mesada será muy inferior en contraste con la que hubiere devengado en el régimen de prima media; y que la consecuencia de lo anterior es la ineficacia del traslado.

Concluyó indicando que PROTECCIÓN S.A. debe remitir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por concepto de la afiliación del demandante.



#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA.**

Manifestó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia no sólo se deben devolver los aportes sino también las comisiones, sumas adicionales de aseguradora, y en general todos los frutos e intereses.

##### **COLPENSIONES.**

Indicó que no se tuvo en cuenta el artículo 1604 del C.C. en el que se establece que no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa; que es necesario que en el plenario apareciera acreditado un vicio del consentimiento, pues es claro que la afiliación a cualquiera de los dos regímenes comprende un acuerdo de voluntades que lo convierten en un contrato que, por sus características, es formal, libre y voluntaria, bilateral, y adhesión; que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, existe un deber de entregar información, en la medida de la asimetría entre un administrador y un afiliado lego, no obstante, el demandante en interrogatorio de parte manifestó que era la persona que autorizaba las charlas de los asesores de los fondos privados, que estuvo en una reunión individual y en reuniones grupales, que conocía las características del régimen, que estos se diferenciaban por el modelo de ahorro, y que recibió una reasesoría pensional; que de aceptarse el retorno del accionante se está contribuyendo con la descapitalización del sistema, ya que se desconoce la solidaridad del sistema, los aportes efectuados por los demás afiliados; y que por lo anterior, los fondos privados no deben realizar deducciones por conceptos de invalidez y muerte, pues con ello se contribuye a la descapitalización del sistema pensional.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

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

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

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

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

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

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

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

| <u>Etapas acumulativas</u> | <u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información</u> | <u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u> |
|----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
|----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|

Demandante: **CARLOS ALBERTO ARENAS RENDÓN.**

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

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

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

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

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

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

investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o

servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.

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

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



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

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

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

"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

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

#### **Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 09 de agosto de 1988, según la historia laboral obrante a folios 66 a 70; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., el 10 de marzo de 1999 (fl.96); **iii)** Dentro del R.A.I.S, el actor solicitó una reasesoría pensional el 29 de noviembre de 2010 (fl.96); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 20 de marzo y el 03 de abril de 2019, ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 76 a 86 y 97 a 104).

A folio 96 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 10 de marzo de 1999 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que éste se limitó a exponer que el asesor del fondo privado le brindó una información muy general, pues únicamente le fue manifestado que el I.S.S. se iba a acabar, que muy seguramente las personas que estaban en ese fondo no se iban a poder pensionar, que su pensión dependía del ahorro, que podía realizar aportes voluntarios, y que sus aportes generaban rendimientos, y que no le explicaron que dichos aportes podían generar pérdidas, así como tampoco que sólo el 13% de su cotización sería invertido por parte del fondo privado, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

evidenciar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se allegó declaración extraprocesal de Gloria Marina del Rio Mantilla, quien informó que cuando los fondos privados empezaron a buscar afiliados, varios de ellos contactaron al accionante; que el asesor de PROTECCIÓN S.A. únicamente le informó de las ventajas del traslado, así como que el I.S.S. se iba a acabar; que la razón principal del traslado del actor fue su temor a que el I.S.S. se pudiera liquidar; y que los asesores comerciales de los fondos eran personas más interesadas en captar clientes que en brindar una debida información. Por tanto, de su declaración no se logra extraer que el fondo privado hubiese acreditado el cumplimiento del deber de información.

Igualmente, considera la Sala necesario aclarar que la reasesoría brindaba el 29 de noviembre de 2010 al accionante, tampoco cumplió con los presupuestos hasta aquí mencionados para tener por informado en debida forma al actor; en efecto, en dicho formulario únicamente obra constancia que el demandante fue contactado el 16 de noviembre de 2010, y que éste presentó dudas e inquietudes respecto a la información que se le estaba suministrando, que de conformidad con el interrogatorio de parte, se entiende que fue sobre la imposibilidad de trasladarse al régimen de prima media cuando le faltare menos de diez para cumplir la edad pensional, sin que de las aludidas dudas e inquietudes se encuentre que fueron debidamente despejadas y/o esclarecidas en su integridad, brindándose la correspondiente información de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio del representante legal de PROTECCIÓN S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

En cuanto a que **el demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la

legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Carlos Alberto Arenas Rendón del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PROTECCIÓN S.A. el día 10 de marzo de 1999.

Ahora bien, como efecto de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibieron las AFP demandadas, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora

por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Por tanto, le asiste razón al apoderado de la parte actora en su impugnación, lo que conlleva a **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se CONDENA a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la A.F.P. durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.



Sobre el tópico se aclara que se ordena la indexación de las cuotas de administración, pues ello se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, no siendo así con los aportes, como quiera que, al reconocerse el traslado de los rendimientos, estos tienen inmersos la valorización de los aportes y por el ende el mantenimiento de su poder adquisitivo.

Igualmente, se hace necesario **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se CONDENAN a COLPENSIONES a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante señalados en el numeral primero de la sentencia.

Al punto, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En último término, y en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

*“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** - MODIFICAR el numeral primero de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por CARLOS ALBERTO ARENAS RENDÓN y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexados, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

**SEGUNDO.** - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a COLPENSIONES a recibir los valores enunciados en el numeral primero de la sentencia.

Demandante: **CARLOS ALBERTO ARENAS RENDÓN.**

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

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

**CUARTO.** - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELLANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MISAEI MARTÍNEZ** promoviese contra **COLPENSIONES**.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES.**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988, a partir del 25 de noviembre de 2011, junto con el pago de mesadas adicionales, reajustes anuales, indexación, e intereses moratorios.

## **2. HECHOS.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Nació el 25 de noviembre de 1951; **2)** Laboró para la Notaría Única del Circulo de Facatativá del 02 de enero de 1965 al 31 de enero de 1984; y en la Alcaldía de Facatativá del 01 de mayo al 31 de diciembre de 1984; **3)** Cotizó como independiente en Colpensiones 192,90 semanas; **4)** El 13 de marzo de 2015 solicitó el reconocimiento de su pensión ante Colpensiones, no obstante la entidad pensional requirió los certificados emitidos por el Ministerio de Hacienda de los tiempos laborados en la Notaría Única del Circulo de Facatativá y la Alcaldía Facatativá; **5)** Mediante la Resolución GNR 254943 de 2015, se negó la pensión, no obstante, no se contabilizaron los tiempos laborados en la Notaría Única del Circulo de Facatativá; y **6)** Interpuso recurso de apelación, empero a través de la Resolución VPB 73669 de 2015, se confirmó el acto administrativo inicial.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 80 a 92), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que si bien el actor es beneficiario del régimen de transición, no acumula 20 años de servicios; que no se evidencia afiliación, certificaciones, ni formatos CLEBP de los tiempos laborados por el actor a la Notaría Única del Circulo de Facatativá; y que los formatos CLEBP son de utilización obligatoria por parte de todas las entidades que deben certificar tiempo y/o salario para bonos pensionales o pensiones.

23

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que están acreditados los tiempos laborados por el accionante a la Alcaldía de Facatativá del 01 de mayo al 31 de diciembre de 1984, así como las cotizaciones a Colpensiones que ascienden a 218,57 semanas.

Señaló en relación con los tiempos presuntamente laborados en la Notaría Única del Círculo de Facatativá que el Notario informó que el actor prestó sus servicios del 02 de enero de 1965 al 31 de mayo de 1984, no obstante, la UGPP allegó comunicación en la que informa que no cuenta con los comprobantes de pago, que CAJANAL únicamente le entregó las planillas de autoliquidación de 1994 a 2013, que sólo se encontraron aportes por el periodo comprendido a 1979, y que se presenta una inconsistencia en el sistema denominada "*bono no emitible, entidad no estaba asumida por la Nación o existen periodos no asumidos por la Nación*"; que en tales condiciones COLPENSIONES carecería de la posibilidad efectuar el cobro de una cuota parte, pues CAJANAL no está asumiendo tales tiempos, y la Notaría Única del Círculo de Facatativá señaló que era CAJANAL quien debía contabilizar los tiempos laborados por el actor.

Agregó que en el Decreto 59 de 1957 se estableció que a partir del 01 de julio de 1957, las notarías debían afiliar a sus subalternos a CAJANAL; que es dable tener en cuenta los periodos que fueron acreditados su pago por parte del correspondiente empleador, esto es, diciembre de 1971 a diciembre de 1975, febrero a abril de 1976, diciembre de 1977 a junio de 1979, enero de 1980 a octubre de 1982, diciembre de 1982 a febrero de 1983, y abril de 1983 a enero de 1984; que con lo anterior, se tiene por acreditado 544.28 semanas adicionales, con las que no obstante no se alcanzan los 20 años de servicios que exige la Ley 71 de 1988 ni las 1000 semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990; y que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad no se acreditan 500 semanas.

En último término señaló, que la vinculación del actor con Colpensiones inició en 2010, luego no puede ser esta entidad la que asuma la responsabilidad de la pensión frente a tiempos que fueron cotizados en su momento a otra entidad, así como tampoco dar órdenes a la UGPP o la Notaría Única del Círculo de Facativá, pues tal no fue el alcance de las pretensiones de la demanda, además de que tales entidades no fueron llamadas a la litis; y que en un caso de similares características, en decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, se estableció que no era dable endilgarle tales aportes a Colpensiones, como quiera que debieron ser efectuados por la Notaría Única del Círculo de Facativá.

#### **IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.**

##### **PARTE ACTORA.**

Expuso que está acreditado que el actor laboró para la Notaría Única del Círculo de Facativá entre 1965 y 1984, tal y como dan cuenta los recibos de caja de aportes a CAJANAL; que en la Resolución 10216 de 1988, CAJANAL reconoce que el actor estuvo afiliado 18 años, 7 meses, y 29 días; que mediante sentencia de tutela se ordenó a la Notaría Única del Círculo de Facativá reconstruir la historia laboral del actor, con lo que se logró establecer que laboró por 19 años y 29 días; y que la falta de organización administrativa no puede ir en contravía de los intereses del afiliado.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora para reafirmar sus argumentos.



Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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

## **VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si es dable contabilizar los tiempos laborados por el actor a la Notaría Única del Circulo de Facatativá, y de esta manera establecer si es beneficiario de una pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988.

### **PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES DE LA LEY 71 DE 1988.**

El régimen de transición pensional es un mecanismo de protección de expectativas pensionales que consiste en que las reglas legales del régimen actual se combinan con las reglas del régimen anterior.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quienes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al 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 años o más de servicios cotizados.

**“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** 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 dos 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 treinta y cinco (35) o

más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas 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 (...).

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados "al entrar en vigencia el sistema", es decir, por regla general el 1 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que la Ley 100 de 1993 manteniéndolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes se les extendería hasta el 31 de diciembre de 2014.

### **CONTABILIZACIÓN DE TIEMPOS LABORADOS EN NOTARÍAS**

En relación con la contabilización de tiempos laborados ante notarías, es menester rememorar que la función notarial es considerada como una función pública, es trascendental para asegurar el buen funcionamiento del Estado al prestar un servicio de carácter testimonial necesario para que los ciudadanos puedan cumplir sus objetivos y desarrollar sus proyectos de vida, y que no obstante lo anterior, es un servicio prestado por particulares bajo la figura de la descentralización por colaboración. Al punto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-1212 de 2001 estableció:

"Las principales notas distintivas del servicio notarial, tal como se expuso en sentencia, son: (i) es un servicio público, (ii) de carácter testimonial, (iii) que apareja el ejercicio de una función pública, (iv) a cargo normalmente de los particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y (v) a los cuales se les otorga la condición de autoridades"

En ese orden de ideas, el artículo 27 de la Ley 6 de 1945 establece:

Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**“ARTÍCULO 27.-** No son empleados públicos sino empleados particulares los de los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos; éstos responderán de las prestaciones que se causen durante sus períodos respectivos, y deberán cancelarlas, inclusive la cesantía, al dejar el cargo. Para garantizar el pago de estas prestaciones, darán caución suficiente al posesionarse.

Facúltase al Gobierno para fijar, por una sola vez, los derechos de notario, con la finalidad exclusiva de garantizar una adecuada remuneración para los notarios, y equitativas prestaciones sociales para los empleados de las Notarías”.

En ese sentido, el Notario puede crear los cargos que requiera para el eficaz funcionamiento de la Notaría, tal y como lo dispone el artículo 118 de la Ley 29 de 1973:

“Bajo su responsabilidad el notario podrá crear los empleos que requiera el eficaz funcionamiento de la oficina a su cargo, tendrá especial cuidado en la selección de los empleados. Velará por su capacitación y por el buen desempeño de sus funciones y cumplirá las obligaciones que para con sus subalternos les señalan las normas legales”

Igualmente, el artículo 99 del C.S.T., señala:

**“ARTÍCULO 99.** <Ver notas del editor> Hay contrato de trabajo entre los trabajadores de las Notarías Públicas y Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados y los Notarios y registradores. Estos trabajadores se consideran como particulares”.

Así mismo, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 927 de 2010 señaló que los empleados contratados por el notario no están a su servicio personal, sino al servicio de la persona jurídica, por lo que ante la existencia de un cambio de notario opera la figura de la sustitución patronal. Para tales efectos, señaló:

“Como estos empleados son contratados por quien es titular de la notaría, pero para el servicio de la persona jurídica y no para su servicio personal, nada impide que cuando ocurre un cambio de notario sobrevenga en la notaría una sustitución patronal. Según el Código Sustantivo del Trabajo, se entiende por sustitución patronal un “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”, y su sola ocurrencia “no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes”. Conforme a esta normatividad, el antiguo o el nuevo empleador puede acordar con los empleados el pago definitivo de las cesantías y las prestaciones sociales, sin que pueda entenderse que hubo una terminación del antiguo contrato de trabajo”.

Así las cosas, es claro que las obligaciones laborales de los trabajadores de las notarías recaen sobre el notario, quien por mandato legal debía asumir el pago a seguridad social en pensiones de sus trabajadores a su cargo, debiendo efectuar los correspondientes aportes a la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL, obligación que posteriormente quedaría a cargo del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro -FONPRENOR, con la expedición de la Ley 86 de 1988, fondo que empezó a prestar sus servicios hasta que se promulgó el Decreto 2604 de 1993. Corolario de lo dicho, el artículo 1° del Decreto 059 de 1957, reza:

**“Artículo Primero.** A partir del 1° de julio del año en curso, los Notarios y Registradores y sus subalternos de carácter permanente, serán afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión.

Dicha Caja responderá por las prestaciones sociales y derechos de éstos funcionarios de tal fecha en adelante”.

A la par, el inciso 1° del artículo 2 y el artículo 9 de la Ley 86 de 1988, establecen:

**“Artículo 2°. Funciones.** El Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro, además de las funciones establecidas en la ley para los organismos de seguridad social y en sus propios reglamentos, tendrá las siguientes:

1°. Atender el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que corresponden a las entidades de previsión y a que tienen derecho los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, los Notarios, los empleados de las Notarías, los Registradores de Instrumentos Públicos, los empleados de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, del Fondo Nacional del Notariado y del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro”.

**“Artículo 9°.** La Caja Nacional de Previsión Social liquidará las prestaciones sociales de los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo Nacional del Notariado, de los Notarios, de los empleados de los Notarios y del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro que le correspondan hasta el momento en que empieza a funcionar la nueva entidad.

Serán de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social las prestaciones sociales de los empleados antes citados, hasta la cuantía de los aportes que por tales conceptos que se les haya efectuado. En el evento de que el valor de los aportes sea insuficiente para cancelar las prestaciones sociales, el Tesoro Nacional destinará los dineros suficientes para el cumplimiento de estos objetivos al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro”.

## **RECONSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE LABORAL DE PERSONAS QUE LABORARON EN NOTARÍAS**

Sobre el tópicó la H. Corte Constitucional en la sentencia T- 227 de 2003 se pronunció frente al correcto manejo y gestión del archivo, en esta providencia indicó que si bien este no era un derecho fundamental, si tenía un carácter legal que era de obligatorio cumplimiento; que el manejo de los datos es fundamental e indicó que frente a los documentos y soportes existen mecanismos procesales que permiten su reconstrucción:

“Como se indicó, existe un interés social en la correcta gestión y administración de archivos (con información socialmente relevante, claro está) y bases de datos, tal gestión no está, prima facie, dirigida a salvaguardar las posibilidades -de definir un proyecto de vida y participar activamente en la sociedad- que determinan, por su relación con la dignidad humana, el carácter fundamental de un derecho. El hecho de que la protección del dato o la información -que, como se vio, es fundamental- no implica que la protección de los soportes lo sea. Lo anterior, por cuanto existe la posibilidad de reconstruir el dato si su soporte desaparece. No en vano, el sistema procesal colombiano ha previsto la existencia de mecanismos para la reconstrucción de expedientes, por ejemplo.”

En tal sentido, en sentencia T-086 de 2017, la H. Corte Constitucional manifestó:

“A la luz de lo expuesto, considera la Sala que las certificaciones expedidas en su momento por el doctor Miguel Torres Arroyo notario y empleador del accionante en los periodos mencionados, constituyen una prueba sumaria de certificación laboral, con la cual el demandante puede iniciar los trámites relativos a obtener el reconocimiento de la pensión, puesto que ante la inexistencia de los archivos y la dificultad para la reconstrucción de los documentos, las constancias que tiene el accionante al estar suscritas por quien era el titular de la Notaría Sexta de Bogotá, cuya función es la guarda de la fe pública, y quien en ejercicio de su función debe cumplir con las obligaciones que para con sus subalternos les señalan las normas legales, tienen pleno valor probatorio”

En igual sentido, en sentencia T-918 de 2011, adujo:

“En el caso en estudio la Sala considera que, por un lado CAJANAL E.I.C.E., hace unas exigencias que son imposibles de cumplir para proceder a certificar el tiempo cotizado a la accionante, quien no debe asumir las responsabilidades que por función les competen a las entidades respecto a la guarda de los archivos. Por otro lado, como se evidencia del acervo probatorio, en respuesta al derecho de petición y lo aportado como prueba en sede de revisión, el Notario 32 de Bogotá para la fecha de los hechos, está certificando en términos generales, del tiempo de servicio, cargo desempeñado y la entidad donde fueron consignados los aportes en pensión.

En las referidas circunstancias, el certificado expedido por el doctor ante la Notaría constituye una prueba sumaria de certificación laboral, con la cual la accionante puede iniciar los trámites relativos a su pensión, puesto que ante la inexistencia de los archivos, el mismo está suscrito por la Notaría respectiva, cuya función es la guarda de la fe pública, y como tal, tiene pleno valor probatorio en cuanto a lo allí consignado”.

#### **DEL CASO CONCRETO.**

##### **De lo probado en el proceso.**

- i) Misael Martínez nació el 25 de noviembre de 1951 (fl. 2).
- ii) El 01 de septiembre de 1986, el Notario Único del Círculo de Facatativá, certificó que el accionante laboró del 02 de enero de 1965 al 31 de enero de 1984, esto es, **19,08 años**; que desempeñó el cargo de Secretario; y que su último salario fue la suma de \$20.000. (fl.11).

En el plenario obran algunos pagos de aportes realizados por la Notaría Única del Círculo de Facatativá a sus trabajadores a favor de la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL, así como comunicaciones enviadas a esta entidad en la que se pone de presente el pago de aportes a seguridad social. De tales documentales se logra extraer el pago de los siguientes periodos: febrero de 1971 a abril de 1976, diciembre de 1977 a junio de 1979, enero de 1981 a octubre de 1982, diciembre de 1982 a febrero de 1983, y abril de 1983 a enero de 1984. Lo que suma un total de 10,49 años (547,57 semanas) (fls. 15 a 51).

- iii) El accionante laboró al servicio de la Alcaldía de Facatativá del 01 de mayo al 31 de diciembre de 1984, esto es, **0,67 años** (35 semanas), según formato CLEBP emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público obrante en el expediente administrativo.
- iv) Mediante Resolución J-10216 de 1988, la Caja Nacional de Previsión Nacional CAJANAL determina para el efecto de pagar cesantías, que el accionante laboró al servicio de la Nación durante 20 años, 7 meses, y 29 días (fl.13).
- v) El demandante cotizó a Colpensiones 218,57 semanas, esto es, **4,25 años** (fls. 98 a 101).

- vi) El 13 de marzo de 2015, el actor solicitó pensión de jubilación, empero le fue negada por parte de Colpensiones mediante la Resolución GNR 254943 de 2015, por no acreditarse 750 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, para conservar el régimen de transición, y por ende acceder a una pensión vejez o de jubilación (fls. 3 a 5)
- vii) El 07 de septiembre de 2015, el demandante interpuso recurso de apelación contra la Resolución GNR 254943 de 2015, no obstante, se confirmó tal acto administrativo mediante la Resolución VPB73669 de 2015, dado que los tiempos presuntamente laborados en la Notaría de Facatativá no se encuentran relacionados en la historia laboral del actor ni están certificados (fls. 6 a 8).
- viii) El 26 de septiembre y el 09 de noviembre de 2016, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, informó que en el sistema RNA de la extinta CAJANAL únicamente se encuentra información a partir de 1994, por lo que no se encontraba documental para levantar el error que aparece en la página de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público denominado "BONO NO EMITIBLE, ENTIDAD NO ESTÁ ASUMIDA POR LA NACIÓN O EXISTEN PERIODOS NO ASUMIDOS POR LA NACIÓN"; y que sólo se encontró un soporte de pago realizado en el año de 1979 a nombre del actor (fls. 166 a 168).
- ix) Mediante sentencia del 07 de febrero de 2019, el Juzgado Civil Municipal de Facatativá- Cundinamarca ordenó al Notario Primero del Circuito de Facatativá que expidiera los formatos de los tiempos laborados por el actor. Al respecto, la Notaría señaló que aportaba Acta No. 001-2019 del 04 de febrero de 2019, en la que consta que no le fue entregada la hoja de vida del actor, que reconstruyó el expediente laboral del accionante con la documental que encontró, en la que consta el pago de aportes de los trabajadores de la Notaría en forma general y el nombre del actor sólo en algunos de ellos, y que procedía a expedir los correspondientes de información laboral y de salarios mes a

mes, en los que adujo que el actor laboró entre el 02 de enero de 1965 y el 31 de enero de 1984, que la entidad a la que aportó fue a CAJANAL, y que no contiene la información de los salarios de 1965 a 1970, de octubre de 1975 a noviembre de 1977, julio a diciembre de 1979, octubre de 1980 a abril de 1981, julio de 1981 a enero de 1983, y marzo de 1983 (fls. 132 a 153).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el accionante es beneficiario del régimen de transición, dado que para el 01 de abril de 1994, tenía más de 40 años, esto es, 42 años, 4 meses y 7 días, dado que nació el 25 de noviembre de 1951.

De esta manera, y previo a definir si el accionante acumulaba 750 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el régimen de transición se extendiera hasta el año 2014, resulta necesario determinar si es posible tener en cuenta los tiempos laborados por la activa a la Notaría Única del Circuito de Facatativá, del 02 de enero de 1965 al 31 de enero de 1984.

Al respecto se encuentra que el Notario Único del Circuito de Facatativá certificó el 01 de septiembre de 1986, el tiempo de servicio, cargo desempeñado y último salario del demandante, documento que en los términos de la H. Corte Constitucional en sentencias T- 918 de 2011 y T- 086 de 2017, constituye prueba sumaria de certificación laboral, y con lo cual el demandante puede iniciar los trámites relativos a su pensión, más aún cuando la función de las notarías es la guarda de la fe pública.

De igual manera, la certificación expedida por el Notario Único del Circuito de Facatativá está acompañada de otros medios probatorios que permiten establecer sin duda la efectiva prestación de servicios del actor para la Notaría aludida, pues se allegaron pagos de aportes realizados a los trabajadores a favor de la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL, así como comunicaciones enviadas a esta entidad en la que se pone de presente el pago de aportes a seguridad social en pensiones, durante los siguientes tiempos: febrero de 1971 a abril de 1976, diciembre de 1977 a junio de 1979, enero de 1981 a octubre de 1982, diciembre de 1982 a febrero de 1983, y



Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

abril de 1983 a enero de 1984. Asimismo, en el plenario obra la Resolución J-10216 de 1988 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, en la que se pone de presente para efectuar el pago de las correspondientes cesantías, que el accionante presentaba tiempos de labor a la nación por alrededor de 20 años, 7 meses y 29 días; y formatos CLEBP, en los que se dispone que el tiempo de labor del actor fue del 02 de enero de 1965 al 31 de enero de 1984, que estos periodos se aportaron a CAJANAL, y se señalaron los salarios mes a mes con excepción de los siguientes tiempos: 1965 a 1970, de octubre de 1975 a noviembre de 1977, julio a diciembre de 1979, octubre de 1980 a abril de 1981, julio de 1981 a enero de 1983, y marzo de 1983.

Conforme el material probatorio recaudado, considera la Sala que resulta viable la contabilización de los tiempos laborados por el demandante a la Notaría Única del Círculo de Facatativá, pues está acreditada su labor entre el 02 de enero de 1965 y el 31 de enero de 1984; escenario fáctico que se acompasa con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien a lo largo de su jurisprudencia ha insistido en que los tiempos laborados deben tener alguna incidencia pensional, que no pueden perderse sin más; y que esto no constituye una dádiva o un acto de compasión, pues por el contrario, es el reconocimiento de un derecho fundamental e irrenunciable de los trabajadores, ligado a la prestación del servicio, de la cual además se benefició el empleador para alcanzar los fines de su empresa. Sobre el particular, en sentencia SL14215-2017 reiterada en sentencias SL1140-2020 y SL203-2021, reflexionó:

**"[...] la obligación de asumir las pensiones o de contribuir a su financiación, no puede abordarse desde una perspectiva sancionatoria o punitiva. Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural.**

**Quiere decir lo anterior que el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En tal sentido, la Sala ha defendido la tesis de que «la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado» (SL 33476, 30 sep. 2008).**

[...] Entonces, resulta inaceptable considerar que el trabajo humano puede, bajo determinadas circunstancias, no tener efectos en materia pensional. De una forma u otra, el empleador que se sirve de la fuerza de trabajo de una persona, quien por el transcurso del tiempo ha visto mermada su capacidad laboral, debe contribuir a la cobertura del riesgo de vejez, ya sea mediante el pago directo de la pensión o el giro de un título pensional suficiente.

Admitir la tesis libérrima de las obligaciones propuesta por el demandado, conduciría a aceptar que, no obstante el empleador se benefició de la actividad del trabajador, queda exento del deber de contribuir a su protección social. En este sentido, no sobra aclarar que el pago de la pensión o del aporte para su financiación no es un regalo o una concesión fundada en consideraciones proteicas y etéreas de equidad, sino, se insiste, un derecho derivado del vínculo laboral.

Por esto mismo, los ingredientes subjetivos o de culpa que el casacionista quiere incluir para condicionar el giro del título pensional, son improcedentes, pues la obligación de concurrir al financiamiento de la pensión, además de ser indisponible e irrenunciable, es consecuencia inmediata de la prestación del servicio." (Negritas por la Sala).

En consecuencia, al descender al caso de marras se tiene que el demandante cuenta en su haber con **19,75 años** (19,08 años con la Notaría Única del Círculo de Facatativá y **0,67 años** con la Alcaldía de Facatativá), esto es, un total de **1030,57 semanas**, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que logró extender su régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a verificar si el accionante al 31 de diciembre de 2014, acredita los requisitos para acceder a una pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988, normatividad que dispone en artículo 7°, lo siguiente:

**"Artículo 7°. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.**

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas".

Así entonces, se encuentra que el accionante acreditó 60 años el 25 de noviembre de 2011, pues nació el mismo día y mes de 1951, fecha para la cual ya acreditaba más de 20 años de servicios, pues con los tiempos

públicos laborados en la Notaría Única del Círculo de Facatativá y la Alcaldía de Facatativá (19,75 años), y los aportes efectuados entre el 01 de abril y el 30 de junio de 2010 (0,25 años), alcanza los 20 años ahudidos.

Finalmente, no sobra advertir que COLPENSIONES conserva la posibilidad de repetir contra CAJANAL o quien haga sus veces por la respectiva cuota parte, trámite interadministrativo que en todo caso no debería afectar a quien funge como afiliado. El inciso 3° del artículo 1° del Decreto 013 de 2001, señala:

“En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 490 de 1998”.

Por las anteriores razones, el accionante tiene derecho el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988, por lo que **se REVOCARÁ** la sentencia y, en su lugar, se impondrá condena por concepto de la pensión referida, haciéndose necesario verificar, la fecha a partir de la cual se debe efectuar el reconocimiento prestacional’.

#### **Fecha de reconocimiento.**

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990<sup>1</sup> establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

**RTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria

<sup>1</sup> **ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo

su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez y/o de jubilación, el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia SL4073-2020:

"Sobre el particular, manifiesta la Sala que asiste la razón a la impugnación, como quiera que el alcance que se le ha dado a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en conjunto con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.º de la Ley 797 de 2003, se ha venido morigerando con el tiempo, al paso que hoy se considera que el *retiro del régimen*, en tratándose de trabajadores del sector privado, es comprobable de más de una manera, expresa o tácita, deducible en uno u otro caso del comportamiento adoptado por el destinatario de la prestación. Así lo viene asentando la Corte, entre otras en la sentencia CSJ SL5541-2019, 27 nov. 2019, rad. 79370:

Pues bien, la controversia planteada en ambos cargos, se concreta a determinar la fecha de desafiliación del sistema, a partir de la cual se habilita el disfrute de la pensión de vejez, según lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que reza:

ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049

de 1990, la Sala ha adocrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adocrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando del comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.

(...) Al examinar el acervo probatorio allegado al plenario, advierte la Sala que a f.º 19, obra el documento de identidad del actor, que da cuenta de que nació el 28 de agosto de 1949, por los que los 60 años los cumplió el 28 de agosto de 2009.

Igualmente, reposa el reporte de semanas cotizadas en el cual se consigna como último aporte el registrado el 30 de agosto de 2009 (f.º 110 - 120), y este dato se corrobora, además, en la Resolución n.º 000749 del 14 de enero de 2011, expedida por el ISS (f.º 20 - 22), fecha que indudablemente debe considerarse como aquella en la que se desafilió el actor del sistema de pensiones, como ya se dijo en sede extraordinaria, pues al haber satisfecho los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en aplicación del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.º de la Ley 797 de 2003, cesó la obligación de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, con independencia de que su vínculo laboral con el Banco de Bogotá, estuviera vigente (f.º 51)

En ese orden, el goce del derecho pensional se debió producir desde el 01 de septiembre de 2009". (Subrayado por la Sala).

Descendiendo al caso, tenemos que según historia laboral de Colpensiones obrante a folios 98 a 100, el accionante cotizó hasta el periodo de **junio de 2014**, por lo que es dable inferir que era su intención cesar su vinculación al sistema integral de seguridad social a partir de tal fecha, por demás que para tal data ya acreditaba los requisitos de edad y tiempo, pues como quedó dicho, el primero, lo cumplió el 25 de noviembre de 2011, y el segundo con el aporte realizado a junio de 2010.

Así las cosas, COLPENSIONES deberá reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación por aportes de que trata el art. 1° de la Ley 71 de 1988, a partir del día **01 de julio de 2014**, advirtiendo que en el caso de marras no alcanzó a operar el fenómeno extintivo de la prescripción de algunas mesadas conforme las voces del art. 151 del C.P.T y S.S., dado que el demandante elevó reclamación administrativa el 13 de marzo de 2015, con lo que se logró la interrupción del fenómeno extintivo, téngase en cuenta que la pensión se reconoce desde el 01 de julio de 2014, por lo que a tal fecha no habían transcurrido más de tres años. Ahora bien, el fenómeno prescriptivo estuvo suspendido hasta que se desató el recurso de apelación por parte de Colpensiones, lo que ocurrió a través de la Resolución VPB 73669 del 09 de diciembre 2015, de manera que al demandarse el 16 de febrero de 2018 (fl.75), esto es, dentro de los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., por lo que resulta claro que no operó el fenómeno de la prescripción.

#### **Ingreso Base de Liquidación.**

Dado que el accionante es beneficiario del régimen de transición, se hace necesario acudir al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para establecer la forma como se debe calcular la pensión. Al respecto, la norma aludida dispone que los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, se rigen por la normatividad anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, mientras que las demás situaciones se regulan con el nuevo sistema de seguridad social integral, por lo que, el ingreso base para liquidar la pensión está sometido a los preceptos de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dijo:

Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

"Tampoco incurrió en error al apoyarse en la jurisprudencia de esta Sala, para decir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios los requisitos del régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, no así lo concerniente con el ingreso base de liquidación, dado que éste sería calculado en los términos del inciso 3° del referido artículo, para quienes les hiciere falta 10 años o menos para el derecho pensional, pues así lo tiene definido pacíficamente la jurisprudencia de la Sala, entre otras, en las sentencias de casación CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33.343; CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 44238; CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 53037 y CSJSL, 9411-2015 de 15 jul. 2015, rad. 52129".

Ahora bien, el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho, el ingreso se establece con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse, o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto y mantenido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. 43336, 08 de mayo de 2013, Rad. 42529, y 06 de abril de 2016, Rad. 51152; y ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Conforme a las normas transcritas, es dable liquidar la pensión del accionante únicamente con el promedio de lo devengado dentro de los últimos diez años de cotización, pues al actor le faltaban más de diez años para adquirir su pensión, recuérdese que cumplió la edad el 25 de noviembre de 2011, y con la sumatoria de tiempos cotizados por el actor a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00096 -01  
Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**  
Demandado: **COLPENSIONES.**

la Notaría Única del Circulo de Facatativá, la Alcaldía de Facatativá, y Colpensiones no alcanza 1250 semanas, pues tiene 1247,14 semanas.

Así mismo, y dado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite que se aplique el monto o la tasa de reemplazo del régimen anterior, se tendrá la que establece el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, decreto reglamentario de la Ley 71 de 1988, esto es, el 75%.

Igualmente, y previo a efectuar el cálculo de la mesada pensional resulta pertinente señalar, que ante la falta de información de los salarios de julio a diciembre de 1979, octubre de 1980 a abril de 1981, julio de 1981 a enero de 1983, y marzo de 1983, se hace necesario tener en cuenta para liquidar tales periodos el salario mínimo legal mensual vigente de la época. Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se encuentra lo siguiente:

|               |             |             |                 | Año 1979       |               |                         |                          |
|---------------|-------------|-------------|-----------------|----------------|---------------|-------------------------|--------------------------|
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 02/02/79      | 28/02/79    | 27          | 6.000,00        | 200,00         | \$ 5.400,00   |                         |                          |
| 01/03/79      | 31/03/79    | 31          | 6.000,00        | 200,00         | \$ 6.200,00   |                         |                          |
| 01/04/79      | 30/04/79    | 30          | 6.000,00        | 200,00         | \$ 6.000,00   |                         |                          |
| 01/05/79      | 31/05/79    | 31          | 6.000,00        | 200,00         | \$ 6.200,00   |                         |                          |
| 01/06/79      | 30/06/79    | 30          | 6.000,00        | 200,00         | \$ 6.000,00   |                         |                          |
| 01/07/79      | 31/07/79    | 31          | 3.450,00        | 115,00         | \$ 3.565,00   |                         |                          |
| 01/08/79      | 31/08/79    | 31          | 3.450,00        | 115,00         | \$ 3.565,00   |                         |                          |
| 01/09/79      | 30/09/79    | 30          | 3.450,00        | 115,00         | \$ 3.450,00   |                         |                          |
| 01/10/79      | 31/10/79    | 31          | 3.450,00        | 115,00         | \$ 3.565,00   |                         |                          |
| 01/11/79      | 30/11/79    | 30          | 3.450,00        | 115,00         | \$ 3.450,00   |                         |                          |
| 01/12/79      | 31/12/79    | 31          | 3.450,00        | 115,00         | \$ 3.565,00   |                         |                          |
| Total días    |             | 333         |                 |                | \$ 50.960,00  | \$ 153,03               | \$ 4.590,99              |
|               |             |             |                 | Año 1980       |               |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/80      | 31/01/80    | 31          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.333,33  |                         |                          |
| 01/02/80      | 29/02/80    | 29          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 9.666,67   |                         |                          |
| 01/03/80      | 31/03/80    | 31          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.333,33  |                         |                          |
| 01/04/80      | 30/04/80    | 30          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.000,00  |                         |                          |
| 01/05/80      | 31/05/80    | 31          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.333,33  |                         |                          |
| 01/06/80      | 30/06/80    | 30          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.000,00  |                         |                          |
| 01/07/80      | 31/07/80    | 31          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.333,33  |                         |                          |
| 01/08/80      | 31/08/80    | 31          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.333,33  |                         |                          |
| 01/09/80      | 30/09/80    | 30          | 10.000,00       | 333,33         | \$ 10.000,00  |                         |                          |
| 01/10/80      | 31/10/80    | 31          | 4.500,00        | 150,00         | \$ 4.650,00   |                         |                          |
| 01/11/80      | 30/11/80    | 30          | 4.500,00        | 150,00         | \$ 4.500,00   |                         |                          |



Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

| 01/12/80      | 31/12/80    | 31          | 4.500,00        | 150,00         | \$ 4.650,00   |                         |                          |
|---------------|-------------|-------------|-----------------|----------------|---------------|-------------------------|--------------------------|
| Total días    |             | 366         |                 |                | \$ 105.133,33 | \$ 287,25               | \$ 8.617,49              |
|               |             |             |                 | Año 1981       |               |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/81      | 31/01/81    | 31          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.890,00   |                         |                          |
| 01/02/81      | 28/02/81    | 28          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.320,00   |                         |                          |
| 01/03/81      | 31/03/81    | 31          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.890,00   |                         |                          |
| 01/04/81      | 30/04/81    | 30          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.700,00   |                         |                          |
| 01/05/81      | 31/05/81    | 31          | 27.000,00       | 900,00         | \$ 27.900,00  |                         |                          |
| 01/06/81      | 30/06/81    | 30          | 27.000,00       | 900,00         | \$ 27.000,00  |                         |                          |
| 01/07/81      | 31/07/81    | 31          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.890,00   |                         |                          |
| 01/08/81      | 31/08/81    | 31          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.890,00   |                         |                          |
| 01/09/81      | 30/09/81    | 30          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.700,00   |                         |                          |
| 01/10/81      | 31/10/81    | 31          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.890,00   |                         |                          |
| 01/11/81      | 30/11/81    | 30          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.700,00   |                         |                          |
| 01/12/81      | 31/12/81    | 31          | 5.700,00        | 190,00         | \$ 5.890,00   |                         |                          |
| Total días    |             | 365         |                 |                | \$ 112.660,00 | \$ 308,66               | \$ 9.259,73              |
|               |             |             |                 | Año 1982       |               |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/82      | 31/01/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| 01/02/82      | 28/02/82    | 28          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 6.916,00   |                         |                          |
| 01/03/82      | 31/03/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| 01/04/82      | 30/04/82    | 30          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.410,00   |                         |                          |
| 01/05/82      | 31/05/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| 01/06/82      | 30/06/82    | 30          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.410,00   |                         |                          |
| 01/07/82      | 31/07/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| 01/08/82      | 31/08/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| 01/09/82      | 30/09/82    | 30          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.410,00   |                         |                          |
| 01/10/82      | 31/10/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| 01/11/82      | 30/11/82    | 30          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.410,00   |                         |                          |
| 01/12/82      | 31/12/82    | 31          | 7.410,00        | 247,00         | \$ 7.657,00   |                         |                          |
| Total días    |             | 365         |                 |                | \$ 15.067,00  | \$ 41,28                | \$ 1.238,38              |
|               |             |             |                 | Año 1983       |               |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/83      | 31/01/83    | 31          | 9.261,00        | 308,70         | \$ 9.569,70   |                         |                          |
| 01/02/83      | 28/02/83    | 28          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 15.866,67  |                         |                          |
| 01/03/83      | 31/03/83    | 31          | 9.261,00        | 308,70         | \$ 9.569,70   |                         |                          |
| 01/04/83      | 30/04/83    | 30          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 17.000,00  |                         |                          |
| 01/05/83      | 31/05/83    | 31          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 17.566,67  |                         |                          |
| 01/06/83      | 30/06/83    | 30          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 17.000,00  |                         |                          |
| 01/07/83      | 31/07/83    | 31          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 17.566,67  |                         |                          |
| 01/08/83      | 31/08/83    | 31          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 17.566,67  |                         |                          |
| 01/09/83      | 30/09/83    | 30          | 17.000,00       | 566,67         | \$ 17.000,00  |                         |                          |
| 01/10/83      | 31/10/83    | 31          | 15.000,00       | 500,00         | \$ 15.500,00  |                         |                          |
| 01/11/83      | 30/11/83    | 30          | 20.000,00       | 666,67         | \$ 20.000,00  |                         |                          |
| 01/12/83      | 31/12/83    | 31          | 20.000,00       | 666,67         | \$ 20.666,67  |                         |                          |
| Total días    |             | 365         |                 |                | \$ 194.872,73 | \$ 533,90               | \$ 16.016,94             |

Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

|               |             |             |                 | Año 1984       |                  |                         |                          |
|---------------|-------------|-------------|-----------------|----------------|------------------|-------------------------|--------------------------|
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/84      | 31/01/84    | 31          | 20.000,00       | 666,67         | \$ 20.666,67     |                         |                          |
| 01/05/84      | 31/05/84    | 31          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 31.000,00     |                         |                          |
| 01/06/84      | 30/06/84    | 30          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 30.000,00     |                         |                          |
| 01/07/84      | 31/07/84    | 31          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 31.000,00     |                         |                          |
| 01/08/84      | 31/08/84    | 31          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 31.000,00     |                         |                          |
| 01/09/84      | 30/09/84    | 30          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 30.000,00     |                         |                          |
| 01/10/84      | 31/10/84    | 31          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 31.000,00     |                         |                          |
| 01/11/84      | 30/11/84    | 30          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 30.000,00     |                         |                          |
| 01/12/84      | 31/12/84    | 31          | 30.000,00       | 1.000,00       | \$ 31.000,00     |                         |                          |
| Total días    |             | 276         |                 |                | \$ 265.666,67    | \$ 962,56               | \$ 28.876,81             |
|               |             |             |                 | Año 2010       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/04/10      | 30/04/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/05/10      | 31/05/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/06/10      | 30/06/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/07/10      | 31/07/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/08/10      | 31/08/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/09/10      | 30/09/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/10/10      | 31/10/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/11/10      | 30/11/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/12/10      | 31/12/10    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| Total días    |             | 270         |                 |                | \$ 9.000.000,00  | \$ 33.333,33            | \$ 1.000.000,00          |
|               |             |             |                 | Año 2011       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/11      | 31/01/11    | 30          | 1.000.000,00    | 33.333,33      | \$ 1.000.000,00  |                         |                          |
| 01/02/11      | 28/02/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/03/11      | 31/03/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/04/11      | 30/04/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/05/11      | 31/05/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/06/11      | 30/06/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/07/11      | 31/07/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/08/11      | 31/08/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/09/11      | 30/09/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/10/11      | 31/10/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/11/11      | 30/11/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/12/11      | 31/12/11    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| Total días    |             | 360         |                 |                | \$ 12.781.000,00 | \$ 35.502,78            | \$ 1.065.083,33          |
|               |             |             |                 | Año 2012       |                  |                         |                          |
| Fecha Inicial | Fecha Final | Número días | Salario mensual | Salario diario | Salario anual    | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/12      | 31/01/12    | 30          | 1.071.000,00    | 35.700,00      | \$ 1.071.000,00  |                         |                          |
| 01/02/12      | 29/02/12    | 30          | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00  |                         |                          |

Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

|                                  |             |                 |                 |                |                              |                         |                          |
|----------------------------------|-------------|-----------------|-----------------|----------------|------------------------------|-------------------------|--------------------------|
| 01/03/12                         | 31/03/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/04/12                         | 30/04/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/05/12                         | 31/05/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/06/12                         | 30/06/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/07/12                         | 31/07/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/08/12                         | 31/08/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/09/12                         | 30/09/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/10/12                         | 31/10/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/11/12                         | 30/11/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/12/12                         | 31/12/12    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| Total días                       |             | 360             |                 |                | \$ 13.534.000,00             | \$ 37.594,44            | \$ 1.127.833,33          |
|                                  |             |                 |                 |                |                              |                         |                          |
|                                  |             |                 |                 | Año 2013       |                              |                         |                          |
| Fecha Inicial                    | Fecha Final | Número días     | Salario mensual | Salario diario | Salario anual                | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/13                         | 31/01/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/02/13                         | 28/02/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/03/13                         | 31/03/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/04/13                         | 30/04/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/05/13                         | 31/05/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/06/13                         | 30/06/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/07/13                         | 31/07/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/08/13                         | 31/08/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/09/13                         | 30/09/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/10/13                         | 31/10/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/11/13                         | 30/11/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/12/13                         | 31/12/13    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| Total días                       |             | 360             |                 |                | \$ 13.596.000,00             | \$ 37.766,67            | \$ 1.133.000,00          |
|                                  |             |                 |                 |                |                              |                         |                          |
|                                  |             |                 |                 | Año 2014       |                              |                         |                          |
| Fecha Inicial                    | Fecha Final | Número días     | Salario mensual | Salario diario | Salario anual                | Salario promedio diario | Salario promedio mensual |
| 01/01/14                         | 31/01/14    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/02/14                         | 28/02/14    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/03/14                         | 31/03/14    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/04/14                         | 30/04/14    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/05/14                         | 31/05/14    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| 01/06/14                         | 30/06/14    | 30              | 1.133.000,00    | 37.766,67      | \$ 1.133.000,00              |                         |                          |
| Total días                       |             | 180             |                 |                | \$ 6.798.000,00              | \$ 37.766,67            | \$ 1.133.000,00          |
| CÁLCULO PROMEDIO ÚLTIMOS 10 AÑOS |             |                 |                 |                |                              |                         |                          |
| AÑO                              | Nº. Días    | IPC inicial (A) | IPC final (B)   | B/A            | Salario promedio mensual (K) | B/A * K                 | Salario anual            |
| 1979                             | 333         | 0,79537         | 113,98254       | 143,31         | \$ 4.590,99                  | \$ 657.923,75           | \$ 7.302.953,64          |
| 1980                             | 366         | 1,02443         | 113,98254       | 111,26         | \$ 8.617,49                  | \$ 958.819,03           | \$ 11.697.592,19         |
| 1981                             | 365         | 1,28929         | 113,98254       | 88,41          | \$ 9.259,73                  | \$ 818.626,60           | \$ 9.959.957,00          |
| 1982                             | 365         | 1,63043         | 113,98254       | 69,91          | \$ 1.238,38                  | \$ 86.574,77            | \$ 1.053.326,38          |
| 1983                             | 365         | 2,02222         | 113,98254       | 56,37          | \$ 16.016,94                 | \$ 902.795,52           | \$ 10.884.012,19         |
| 1984                             | 276         | 2,35067         | 113,98254       | 48,32          | \$ 28.876,81                 | \$ 1.395.469,82         | \$ 12.838.320,52         |
| 2010                             | 270         | 102,00181       | 113,98254       | 1,12           | \$ 1.000.000,00              | \$ 1.117.458,05         | \$ 10.057.104,48         |
| 2011                             | 360         | 105,23651       | 113,98254       | 1,08           | \$ 1.065.083,33              | \$ 1.153.600,62         | \$ 13.843.207,49         |
| 2012                             | 360         | 109,1574        | 113,98254       | 1,04           | \$ 1.127.833,33              | \$ 1.177.687,52         | \$ 14.132.250,28         |
| 2013                             | 360         | 111,81576       | 113,98254       | 1,02           | \$ 1.133.000,00              | \$ 1.154.955,42         | \$ 13.859.465,01         |
| 2014                             | 180         | 113,98254       | 113,98254       | 1,00           | \$ 1.133.000,00              | \$ 1.133.000,00         | \$ 6.798.000,00          |

|         |      |            |  |  |                   |     |                   |
|---------|------|------------|--|--|-------------------|-----|-------------------|
|         | 3600 | I.B.L 2014 |  |  |                   |     | \$ 112.526.189,18 |
|         |      |            |  |  |                   |     | \$ 937.718,24     |
| Pensión |      |            |  |  | Tasa de reemplazo | 75% | \$ 703.288,68     |

Por tanto, COLPENSIONES deberá reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación de que trata el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, en cuantía de **\$703.288,68**, a partir del **01 de julio de 2014**. Igualmente, la pensión de jubilación deberá pagarse en trece mesadas al año, y ser objeto de los reajustes legales anuales correspondientes.

Al punto, se aclara que se reconoce la prestación sobre trece mesadas, como quiera que esta se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, pues el actor acreditó la edad de pensión el 25 de noviembre de 2011. Lo dicho, conforme a las previsiones del inciso 8° y el parágrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispone:

"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, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

**"Parágrafo transitorio 6o.** Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

#### **INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.**

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone:

**"ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA.** A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago".

Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

"Al respecto, conviene recordar que esta Sala ha defendido la tesis de que los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones. Así, desde la sentencia CSJ SL, 28, nov. 2002, rad. 18273, reiterada en CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19424, CSJ SL, 19 feb. 2004, rad. 20951, CSJ SL, 9 sep. 2005, rad. 24257, CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 30602, CSJ SL, 11 mar. 2008, rad. 32043, CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 36022, CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 50681, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 40387, CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 39662, SL1851-2014, SL13649-2015, SL4959-2016, SL12962-2017, SL4404-2018, entre otras, esta Corporación sostuvo:

"[...] para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos".

**Considera la Sala oportuno replantear ese criterio jurisprudencial, dada la existencia de razones poderosas y convincentes que obligan a su revisión. Para sustentar este cambio de pensamiento, la Corte, primero, sostendrá que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que tiene un claro referente constitucional y legal. En segundo término, discernirá sobre el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a fin de defender la tesis de que esa norma tenía la función de clarificar y sentar las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición. Y, por último, planteará que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de este sistema.**

[...] De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual *«los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral»*, dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones.

[...] Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales *«de que trata esta Ley (sic)»*, entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de *«esta Ley (sic)»* prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con discapacidad física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de *«esta Ley (sic)»*. [...]

Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por

los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, **Rad. 43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312**, así como en la **SL16390-2015**, **SL552-2018 y SL1019-2020**).

En el *sub examine*, se observa que la razón que tuvo Colpensiones para no reconocer la prestación fue la falta de certeza acerca de los tiempos que el actor laboró ante la Notaría Única del Círculo de Facatativá al no aparecer registrados en su historia laboral y que estos tiempos debían ser arrimados en formatos CLEBP; circunstancia que a juicio de la Sala resulta razonable, pues encuentra asidero en el artículo 3° del Decreto 13 de 2001, norma que señala:

**“ARTÍCULO 3° -Certificado de información laboral.** Las certificaciones de tiempo laborado o cotizado con destino a la emisión de bonos pensionales o para el reconocimiento de pensiones que se expidan a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, deberán elaborarse en los formatos de certificado de información laboral, que serán adoptados conjuntamente por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, como únicos válidos para tales efectos”.

Aunado a lo anterior, sólo se logró la inclusión de los tiempos en los formatos correspondientes certificados de información laboral a través de acción de tutela que se tramitó mientras estaba en curso el presente proceso y en la que se dictó sentencia el 07 de febrero de 2019 por parte del Juzgado Civil Municipal de Facatativá- Cundinamarca, por lo que al momento de la solicitud prestacional, 13 de marzo de 2015, aún no se contaba con ellos; y fue través de las interpretaciones jurisprudenciales efectuadas, tanto de la H. Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y en función de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, que se arribó a la conclusión de reconocer la prestación.

Por tanto, no hay lugar a la condena a intereses moratorios, no obstante, se ordenará que el valor de las mesadas de la pensión que se reconocen se pague debidamente indexadas al momento en que se haga

efectivo su pago, pues su valor se podría ver sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en ambas instancia a cargo de la demandada.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

- A. CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de MISAEI MARTÍNEZ de la pensión de jubilación por aportes de que trata el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, a partir del **01 de julio de 2014**, en cuantía de **\$703.288,68**, en **trece (13) mesadas** al año, con los correspondientes reajustes legales anuales. Las mesadas que se reconozcan como consecuencia del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes deben reconocerse **debidamente indexadas** al momento en que se haga efectivo su pago.
- B. DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción.
- C. ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO.** - Costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones.



Demandante: **MISAEI MARTÍNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

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

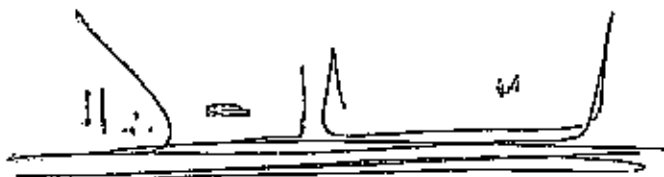
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de 400.000 a cargo de Colpensiones.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA** promoviese contra **COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. HECHOS.**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la " *nulidad* " que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que su traslado de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al régimen de prima media; se trasladen los saldos y aportes realizados al régimen de ahorro individual con solidaridad a COLPENSIONES, así como los gastos de administración; que COLPENSIONES la acepte sin solución de continuidad y como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional, recibiendo todos los valores trasladados por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

### **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 70 a 86), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expuso que la actora por voluntad propia solicitó su afiliación al régimen de ahorro individual, y suscribió el correspondiente formulario de afiliación, el cual cumple con los requisitos del numeral 11 del Decreto 692 de 1994, y se señaló que la afiliación se realizaba de forma libre, voluntaria y sin presiones; y que la obligación de efectuar proyecciones pensionales al momento de efectuar la asesoría del traslado de régimen nació con el Decreto 2071 de 2015, por demás que para el momento del traslado resultaba imposible establecer el monto pensional que le hubiere correspondido a la actora, dado que este depende de los rendimientos.

Manifestó que con la expedición de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, se restringió la posibilidad de trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltaran menos de diez años para cumplir la edad pensional; y que dichas normatividades fueron estudiadas por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1024 de 2004, declarándose su exequibilidad por considerarse que era una medida necesaria para la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

Adujo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía al 01 de abril de 1994 más de 15 años de servicios prestados para que pudiera trasladarse al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme a las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

Indicó que el fondo privado no sólo debe trasladar los aportes realizados, sino que también el bono pensional, en el que se incluya el saldo de la cuenta individual y los rendimientos.

Explicó que el error de derecho no vicia el consentimiento; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1752 del C.C., ya que, ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión.

En último término, señaló que operó la prescripción, dado que el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C. es de cuatro años.

Por su parte, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls. 98 a 107) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

Indicó que previo a efectuarse el traslado de fondo pensional, la accionante ya había estado en otros fondos de pensiones; y que por lo anterior, la actora ya había firmado un formulario de afiliación previo, de manera que el fondo partió de que este se efectuó de conformidad con el ordenamiento legal.

Manifestó que las asesorías que realiza el fondo pensional se efectúan con personal capacitado, por lo que la información que reciben los afiliados es clara y veraz; que la información suministrada a la actora fue cierta, pues ésta tuvo pleno conocimiento de las condiciones con las que era aceptada en el fondo; que la información fue suficiente, dado que a la actora se le señalaron las características, productos y condiciones por acceder al fondo; y que la información fue oportuna, ya que, durante el tiempo que ha estado la accionante en el fondo se le han brindando las correspondientes asesorías que ha requerido.

Expuso que la demandante no cuenta con más de 15 años de servicios prestados al 01 de abril de 1994 para que pueda retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, según sentencia SU-062 de 2010.

Adujo que el error de derecho no vicia el consentimiento; que no se presenta error de hecho, como quiera que no se presenta un yerro en cuanto a la especie del contrato o la identidad de la cosa, pues por el contrario la accionante sí buscó efectuar su afiliación al régimen de ahorro individual, por demás que llevó a cabo diversos traslados dentro de este régimen; y que no existe prueba alguna de que se hubiera incurrido en dolo o fuerza.

En último término, explicó que el término para solicitar la rescisión de un contrato es de cuatro años conforme al artículo 1750 del C.C.; y que la prescripción en materia laboral es de tres años, según artículo 488 del C.S.T.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 139 a 147) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta de derechos de terceros de buena fe, prescripción, y la genérica.

Expresó que no existen fundamentos fácticos para que se declare la anulación del acto de afiliación; que no se encuentra demostrado vicio del consentimiento; que está acreditado que la demandante firmó formulario de afiliación, en el que consta que su afiliación fue libre, voluntaria y sin presiones; que el formulario de afiliación se encuentra conforme a los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; y que la accionante

efectuó diversos traslados a otros fondos de pensión, de los que recibió igualmente información acerca de las características del régimen de ahorro individual.

Expuso que la actora no acredita 15 años de servicios al 01 de abril de 1994, para que pueda retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media.

Para terminar, indicó que durante todo el tiempo que la accionante estuvo afiliada al fondo privado, ha administrado los dineros que ésta ha depositado en la administradora, gestión que ha realizado con diligencia y cuidado; que por lo anterior, los costos de administración ya fueron causados, y no es dable su devolución, por demás que de retornar las cosas a su estado anterior, no se debieron generar rendimientos, de manera que los rendimientos y los gastos de administración quedan en el campo de las restituciones mutuas, pues de lo contrario, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que conforme al artículo 112 de la Ley 100 de 1993 es obligación de los fondos privados aceptar a cualquier afiliado que le solicite la correspondiente afiliación; que para la época del traslado de la accionante, 1994, no se evidenciaba que existiera alguna situación especial por la que el fondo privado debía proceder a desincentivar su afiliación; y que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece un sanción al fondo privado que impide o atente contra la afiliación de una persona.

Indicó que si bien la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos ha admitido la posibilidad de admitir la ineficacia de traslado, pues se ha incurrido en una omisión en el deber de información, también ha mencionado que cada caso particular debe ser analizado, pues cada afiliación tuvo características distintas; que no se puede inferir que a la actora se le constriñó, o que fue forzada a tomar la decisión de afiliarse a un fondo privado; y que no se observa dolo, esto es, un proceder tendencioso o con el fin de engañar a la afiliada al momento de efectuar su traslado de régimen pensional, pues es necesario que surgiera el ánimo de dañar por parte del fondo privado, empero, y contrario a ello, lo que se avizora es que hubo un acompañamiento a la accionante, dada la situación de incertidumbre en la que se encontraba el I.S.S., quien estaba afrontando una situación tan grave que la Corte Constitucional tuvo que intervenir para declarar un estado de cosas inconstitucionales y permitirle que diera respuesta a los derechos de petición en términos más extensos que los establecidos en la ley.

Consideró que de existir un error, este no se encuentra convalidado por haberse efectuado diversos traslados dentro del régimen de ahorro individual; que para 1994 la actora tenía 32 años de edad, le hacían falta más de 20 años para pensionarse, y conforme expuso en interrogatorio de parte, el aspecto pensional para la demandante aún no era relevante; y que la decisión de la accionante es la que podía tomar un buen padre de familia, pues es claro que para la época del traslado, el I.S.S. se podía acabar, y la decisión adecuada era cambiarse a un fondo privado, salvaguardar los aportes efectuados a tal fondo pensional, más aún cuando es regla de la experiencia que en inicios de la vida laboral e inclusive hasta cumplir once o diez años anteriores al cumplimiento de la edad, por demás hubiere podido optar por una devolución de saldos, sus aportes pudieron



entrar en su masa sucesoral en caso de muerte, y hubiera podido optar por una pensión de garantía mínima.

Agregó es posible acceder a una pensión de vejez a una edad anticipada en contraste con el régimen de prima media, no obstante, y para cumplir tal fin es necesario realizar aportes voluntarios; y que cualquier error en el formulario de afiliación, ante la falta de pronunciamiento por parte del fondo privado, se encuentra convalidado, pues estaríamos únicamente ante un error formal en su diligenciamiento.

Concluyó indicando que la estabilidad y sostenibilidad financiera es un tema relevante para el asunto, dado que en sentencia C-1024 de 2004 se consideró constitucional restringir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaran menos de diez años para cumplir el requisito de edad en el régimen de prima media, pues su objetivo es que no se descapitalicen los regímenes pensionales; que por lo anterior, debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares de los casos, ya que en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia no se ha establecido una imputación objetiva, de manera irrestricta y sin mayor valoración probatoria, de manera que es necesario que se evidencie que al momento de la afiliación existió un error como vicio del consentimiento; que de accederse a la nulidad o ineficacia del traslado los recursos acumulados en el fondo privado no resultarían suficientes pues los aportes y rendimientos cubrirán únicamente dos o tres años de la prestación; que con lo anterior, se vulneraría el derecho a la igualdad que se encuentra en cabeza de los afiliados al régimen de prima media, quienes sí efectuaron sus aportes en dicho régimen; y que una decisión contraria, iría en contravía del principio de inescidibilidad, como quiera que la actora se vería beneficiaria de cada uno de los regímenes pensionales.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA.**

Manifestó que el juez omitió realizar una valoración integral de la prueba; y que el juzgado de conocimiento desconoció el precedente jurisprudencial sin informar las razones por las cuales se apartaba de este.

Indicó que es sabido que las administradoras de pensiones tienen el deber de aceptar a las personas que busquen afiliarse al régimen de ahorro individual, no obstante, fueron los fondos los que abordaron de manera insistente a la accionante y la hostigaron hasta el punto de que le llevaron el formulario de afiliación llenado y con los datos de sus familiares; que aunado a lo anterior, se debía por parte de las administradoras de pensiones informar con base en datos reales, se debía instruir de manera adecuada, puesto que no bastaba que simplemente se le informara que se podía pensionar a una edad anticipada en contraste con la de Colpensiones; y que a la actora no se le indicó lo que eran los rendimientos, si tenía derecho a un bono pensional, de qué forma se podía pensionar de manera anticipada, y cuál era el capital que necesitaba para acceder a una prestación de vejez, con lo que se concluye que a la accionante no se le brindó información suficiente y oportuna para que tomara una decisión consciente.

Señaló que es quebrantador del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la falta de una asesoría oportuna, veraz, y comprensible; que a la actora nunca se le informó la posibilidad de retornar al régimen de prima media; y que no es dable acudir al principio de la sostenibilidad financiera, cuando ha sido el Estado quien de manera omisiva permitió la forma como se estaban realizando las afiliaciones para la época del traslado de la actora, por demás que fue el mismo Estado el que permitió que poco a poco se fuera

marchitando el I.S.S. para que los fondos privados se fortalecieran.

En último término, adujo que el precedente jurisprudencial es de obligatorio acatamiento, no obstante, no se dieron razones suficientes, claras, y lógicas, por demás que se estructura la sentencia, en elementos hipotéticos, pues de lo que se está hablando es de la violación a un deber legal por parte de las administradoras de pensión, motivo por el cual son ellas quienes tienen que acreditar que sí cumplieron sus obligaciones como entidades financieras; y que el formulario que firmó la accionante no tienen información clara frente a los regímenes pensionales.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de Colpensiones para reafirmar sus argumentos.

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

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

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

ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

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

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

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

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

*acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

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

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

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

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

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

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

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

*...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de*



Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

*desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

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

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

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS,*

*al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección”.*

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

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

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

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

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

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

*"3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?*

*Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.*

*Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.*

*Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.*

*Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. {...}".*

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

**Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 11 de febrero de 1980, según historia laboral obrante a folios 87 a 90; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA (hoy PROTECCIÓN S.A.), el 18 de abril de 1994 (fl.148); **iii)** Dentro del R.A.I.S, la actora tuvo los siguientes traslados: el 16 de abril de 2004 a PORVENIR S.A., el 16 de noviembre de 2006 a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 19 de octubre de 2007 a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy PORVENIR S.A.), el 20 de noviembre de 2008 a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, el 17 de julio de 2009 a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.), el 21 de enero de 2010 a PORVENIR S.A., el 19 de julio de 2012 a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, el 19 de octubre de 2013 a PROTECCIÓN S.A., y el 22 de agosto de 2016 a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls. 109 y 158); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 29 de diciembre de 2017, el 25 de mayo y el 27 de agosto de 2018, ante COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales demandadas (fls. 18 a 29 y expediente administrativo).

A folio 148 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de abril de 1994 con PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA, el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales

*la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado<sup>1</sup>.*

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que ésta se limitó a exponer que los asesores de los fondos privados le brindaron una información muy general, pues únicamente le era manifestado que el I.S.S. se iba a acabar, que se podía pensionar a una edad anticipada y con un monto superior en contraste con el régimen de prima media, y que no le explicaron a dónde iban sus aportes ni qué eran los rendimientos, así como tampoco conocía lo que eran los aportes voluntarios, información que a juicio de la Sala es muy precaria, y de la que no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las características de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

*"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*

Por las razones anteriormente expuestas la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de María del Rosario Beltrán Mahecha del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA el día 18 de abril de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se

retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

**VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibieron las AFP demandadas, tales como aportes, rendimientos y gastos de administración. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

*"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:



Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

*"De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones".*

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver los gastos de administración que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, durante el tiempo que permaneció la accionante en dicho fondo, lo que incluye los gastos de administración por los tiempos en que la demandante estuvo vinculada con administradoras de pensiones que actualmente hacen parte de PROTECCIÓN S.A., o ésta funge como su garante.

Finalmente, se **ORDENARÁ** a COLPENSIONES a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

### **PRESCRIPCIÓN.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

*"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

### **VII. COSTAS**

Costas en ambas instancias a cargo de las demandadas, con excepción de COLPENSIONES, dado que no intervino en el acto de traslado de la accionante, motivo por el que se considera que no es dable la imposición de costas a su cargo.

### **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se dispone:

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

**A. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA (hoy PROTECCIÓN S.A.) el día 18 de abril de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

**B. CONDENAR** a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.

**C. CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los gastos de administración que fueron pagados por MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho fondo, lo que incluye los gastos de administración por los tiempos en que la demandante estuvo vinculada con administradoras de pensiones que actualmente hacen parte de PROTECCIÓN S.A., o ésta funge como su garante.

**D. ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores enunciados en los literales c) y d) de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad

Demandante: **MARÍA DEL ROSARIO BELTRÁN MAHECHA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

**SEGUNDO.** - Costas en ambas instancias a cargo de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN S.A. No se imponen a COLPENSIONES.

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

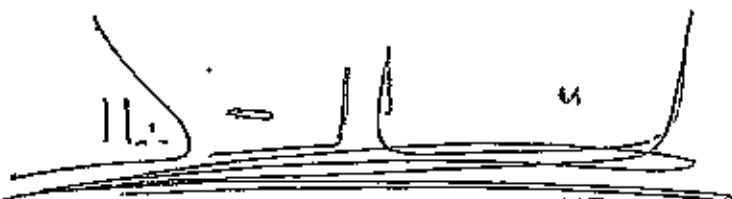
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

*Aclaro Voto!*

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de cada una de las demandadas, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**