



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

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

### **Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO SUMARIO - **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 22 05 **000 2022 01432 01**  
**NURC** 202082305015182  
EXP. SUPERSALUD N.º **J 2020 – 1242**  
**DEMANDANTE:** ALICIA GARCÍA TRILLOS  
**DEMANDADO:** EPS SURAMERICANA SA

Bogotá DC, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2022, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante por intermedio de apoderada judicial, que se ordene el reembolso por parte de la demandada de \$34.963.888, según recibo de caja n.º P200057077 del 19 de enero de 2019, junto con los intereses corrientes y moratorios (pág. 3 archivo 5 subcarpeta 1 – C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que es cónyuge de Juan Fernando Aragón Mazo, por tanto es su beneficiaria en el PBS de la EPS Sura, y está amparada por una póliza de servicios médicos prepagados junto con su esposo; hace varios años fue diagnosticada con escoliosis torácica con convexidad derecha y escoliosis lumbar de convexidad izquierda, por lo que ante el fuerte dolor e incapacidad, efectuó los trámites pertinentes para lograr un tratamiento adecuado para su situación y paliar su deterioro en la calidad de vida a través de la IPS Coomeva.

Afirmó que mediante junta médica del 13 de noviembre de 2018 y según órdenes de servicio n.º 5936, 10914, 10920 y 1124 se le autorizó la realización de un procedimiento quirúrgico de alta complejidad por tratarse de una intervención que podría comprometer estructuras como la médula espinal; procedimiento que fue realizado en la Fundación Santa fe de Bogotá, el 14 de enero de 2019, por lo que tuvo que permanecer unos días en la unidad de cuidados intensivos dado que su movilización podía poner en riesgo su salud. En ese momento su esposo fue informado de que debía cancelar unas sumas que no se encontraban cubiertas por la póliza de servicios médicos prepagados, tales como: floseal matriz hemostática de gelatina y trombina, media ref thrombexim 18 muslo talla M y 26 tornillos mesa uniplanar de 4.5 a 7.5 X 25A55, ref 801-34525A801-37555, dado que fueron requeridos esos insumos para el procedimiento quirúrgico.

Agregó que su esposo se comunicó verbalmente con la EPS Sura, con el fin de verificar si en virtud del PBS le cubrirían los montos no sufragados a través de la póliza de servicios prepagados, siendo informado que debía trasladarse la paciente a una institución de la red de la EPS; sin embargo, ello ponía en riesgo su salud, pues comprometía su columna vertebral e incluso la médula espinal, por ende, el solo traslado amenazaba completamente su salud. En todo caso, la EPS no tenía razones para negar el reconocimiento solicitado, puesto que los gastos no estaban asociados a los gastos de hospitalización que serían los que la EPS habría asumido de producirse el traslado, sino a los gastos derivados del procedimiento quirúrgico.

Señaló que teniendo en cuenta que su recuperación es extremadamente dolorosa y requiere de cuidados reforzados para asegurar el éxito de la intervención y evitar la ocurrencia de perjuicios irremediables para su salud, lo cual podría verse truncado si se autorizaba su traslado como paciente, su esposo optó por cancelar las sumas cobradas, en detrimento de su patrimonio, pero con el propósito de proteger su vida, integridad y salud pues se encontraba en la unidad de cuidados intensivos.

Informó que, el 28 de enero de 2019 solicitó el reembolso correspondiente, sin embargo, fue rechazado con el argumento de que no cumplía los requisitos legalmente establecidos, dado que el servicio no se prestó en ninguna de las

instituciones propias de la red de la EPS Sura; por lo que radicó un derecho de petición para que se reconsiderara la postura por parte de la accionada, quien respondió el 14 de junio del mismo año, que debía radicar un formulario con todos los documentos requeridos, sin dar respuesta de fondo a la solicitud, motivo por el cual, interpuso una acción de tutela; de ahí que, posteriormente la accionada al responder la petición, negó el reembolso y el reconocimiento de prestaciones económicas, para lo cual informó que la EPS sostuvo comunicaciones con la Fundación Santa Fe (págs. 1-3 *ídem*).

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

Previa subsanación en donde se aclaró que la demandada es realmente la EPS Sura (archs. 2, 3.c.) se admitió la demanda el 29 de julio de 2021, ordenándose correr traslado y notificar a la reclamada; de igual forma, se requirió a la Fundación Santa Fe de Bogotá para emitir un informe acerca de 8 ítems, a la EPS Sura para que allegue copia de las autorizaciones en salud expedidas a la accionante con ocasión del diagnóstico de escoliosis y a la accionante para que allegue constancia de haber radicado ante la accionada la orden médica de la cirugía de corrección de escoliosis en múltiples tiempos y material de osteosíntesis tornillo mesa uniplanar (arch. 4).

EPS Suramericana SA, adujo que la demandante se encuentra afiliada a esa entidad desde el 1.º de enero de 2005 en calidad de beneficiaria del régimen contributivo y solo se le emitió una autorización, la n.º 963-72655500 del 3 de octubre de 2014 en donde se incluyó material de osteosíntesis (general) correspondiente al diagnóstico de lumbago no especificado para el prestador Clínica Country Integralidad; con posterioridad no se cuenta con registros de otras autorizaciones relacionadas con esa patología, de ahí que no cuente con trazabilidad de la misma, dado que no es custodia de la historia clínica de la demandante, quien decidió contratar los servicios de medicina prepagada con un tercero ajeno a la afiliación en calidad de beneficiaria con dicha EPS, como lo es la EPS Coomeva, de manera que desconoce los servicios médicos que le hayan sido otorgados por dicha entidad a través de la póliza de salud mencionada.

Agregó que el 18 de enero de 2019 recibió comunicación por parte de la Fundación Santa Fe de Bogotá, en la que se le informó que dicha institución estaba llevando a cabo un procedimiento para la corrección de escoliosis, el cual

estaba siendo cubierto a través del plan de medicina prepagada al que se encuentra vinculada la demandante con la EPS Coomeva, pero «la institución manifiesta que la paciente requiere atención para procedimiento “primer tiempo quirúrgico consistente en aplicación(sic) de instrumentación transpedicular y osteotomías tipo I”» por lo que la EPS procedió a iniciar los trámites para la remisión por red de neurocirugía, siendo confirmada la autorización el 19 de enero de 2019, para el traslado de la paciente, aceptada en el Hospital Nacional de Colombia; no obstante, la remisión es cancelada al referir «pagan todo por particular» dado que la usuaria renunció a los servicios de salud autorizados por la EPS.

Indicó que, pese a lo anterior, el 20 de enero siguiente, se contactó nuevamente a la Fundación Santa Fe de Bogotá, para reiterar la aceptación de la paciente en el mencionado Hospital Nacional de Colombia y proceder con el traslado, pero la Fundación informó que a la paciente ya le habían efectuado el procedimiento; en todo caso, al comunicarse la EPS con el área de autorizaciones, le confirmó que el esposo de la paciente asumió de forma voluntaria el dinero faltante del material, renunciando así a efectuar el traslado autorizado por la EPS para el procedimiento denominado “primer tiempo quirúrgico consistente en aplicación(sic) de instrumentación transpedicular y osteotomías tipo I”, motivo por el cual se procedió a cancelar la remisión al Hospital Nacional. De manera que, considera que la solicitud de reembolso elevada por la demandante no reúne los requisitos previstos en el art. 14 de la Resolución n.º 5261 de 1994.

Dijo que la petición elevada por la accionante el 14 de junio de 2019, fue respondida mediante comunicado del 5 de julio siguiente en el que se le indicaron las razones por las cuales se negó el reembolso, atendiendo a lo anteriormente expuesto, aunado a que el mencionado procedimiento no correspondía a una atención inicial de urgencias, máxime cuando la EPS nunca autorizó la realización de procedimientos médicos con un médico particular como lo es la Fundación Santa Fe, donde la misma demandante fue quien decidió acudir a pesar de no hacer parte de la red de prestadores de servicios de salud de la EPS Sura, y prefirió ser atendida como paciente del plan de medicina prepagada contratado con la EPS Coomeva.

Finalmente, propuso como excepciones de mérito las denominadas incumplimiento de requisitos legales para acceder al derecho pretendido y cumplimiento de las obligaciones de EPS Sura; y, en respuesta al requerimiento

efectuado por la *a quo*, allegó autorización orden de cobro n.º 934-72655500, la devolución de reembolso del 14 de febrero de 2019 por no utilización de la red de servicios y la consulta de afiliación emitida por la ADRES (arch. 5.1b y subcarpeta 5.1c).

El Hospital Universitario de La Fundación Santa Fe de Bogotá, dio respuesta al requerimiento efectuado en el auto admisorio, como más adelante se indicará y adjuntó copia de la historia clínica de la accionante, la copia de la factura de venta y detalle de factura por los servicios prestados (arch. 5c y subcarpeta 5c).

La demandante no contestó el requerimiento efectuado en el auto admisorio.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

La Directora Comisionada de Procesos Jurisdiccionales de la Delegatura para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia del 7 de julio de 2022, no accedió a las pretensiones de la demanda, tras considerar que a la demandante le fueron emitidas unas autorizaciones por parte de la demandada con las que se daría cobertura económica únicamente a los servicios de salud que en ellas se indican, no a otros.

Agregó que para la época de los hechos, la demandante se encontraba afiliada a medicina prepagada con Coomeva EPS, por lo que el tratamiento de la patología fue gestionada ante dicha entidad el 14 de noviembre de 2018, y para lograr la cobertura con cargo al PBS se debe efectuar un proceso de remisión a la red de prestación de servicio de la EPS Suramericana SA, pero la parte demandante decidió continuar con evento quirúrgico programado cubriendo de manera particular y voluntaria los materiales ante la Fundación Santa Fe de Bogotá, sin que dicha intervención se tratara de una condición clínica de urgencia, ni fue atendida por un médico tratante adscrito a la EPS, pues tampoco acreditó la demandante haber puesto en conocimiento la situación ante la accionada, con anticipación a la práctica del procedimiento médico con el fin de que se adelantara el trámite de autorización respectivo frente a procedimientos no incluidos en el PBS (arch. 6 *ídem*).

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión la demandante argumentó que se vio compelida a asumir los gastos adicionales derivados de la intervención quirúrgica a la que fue sometida ordenada por su médico tratante adscrito a la entidad de medicina prepagada, dado que desconocía que le iban a implantar elementos que no hacían parte de la cobertura de su plan voluntario de salud, por lo que a través de su cónyuge le comunicó a la EPS tal situación, quien negó la solicitud tras considerar que debía trasladarse a un prestador de la red de servicios de la EPS Sura; agregó que sí se encontraba en la Unidad de Cuidados Intensivos – UCI de la Fundación Santa Fe, dado que tenía un riesgo en su integridad pues de su recuperación dependía su movilidad y funciones vitales y tenía riesgo de muerte.

Señaló que la solicitud de reembolso no se encuentra relacionada con gastos de hospitalización o cuidados post operatorios, sino de insumos quirúrgicos de osteosíntesis que fueron necesarios para su cirugía prioritaria según lo dispuesto en el art. 57 de la Resolución 05857 de 2018, de ahí que su esposo se viera en la necesidad de sufragar los gastos médicos personalmente al encontrarse en absoluta indefensión; por lo que considera que la pretermisión de un requisito no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho, máxime cuando no le informaron que los 26 tornillos mesa uniplanar de 4.5 a 7.5 X 25A55, ref 801-34525A801-37555, no hacían parte de la cobertura de Coomeva a pesar de que corresponden al material de osteosíntesis y que sí hacen parte del PBS, pues ello solo fue informado con posterioridad a la cirugía, mientras que los gastos médicos que se asumieron corresponden en su mayoría a dispositivos que se encuentran incluidos en el POS.

Indicó que, en todo caso no puede negarse la prestación del servicio por no haber sido autorizado por el médico de la EPS, y una vez se inició el tratamiento con el Hospital Universitario Fundación Clínica Santa Fe, se le debía dar continuidad al tratamiento, sin interrupción alguna por razones administrativas o económicas (arch. 7).

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo previsto en el par. 1.º del art. 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6.º de la Ley 1949 de 2019, y num. 1.º del art. 30 del Decreto 2462 de 2013, la Sala verificará si hay lugar al reembolso por gastos médicos en que incurrió la solicitante, específicamente lo atinente a los 26 tornillos mesa uniplanar de 4.5 a 7.5 X 25A55, ref 801-34525A801-37555 aducidos en la impugnación y pagados ante la Fundación Santa Fe de Bogotá.

La Ley 1438 de 2011, expresó que el Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud y estableció entre otros principios los de calidad y eficiencia.

A su vez, en los arts. 3.º del Decreto 412 de 1992 y 9º de la Resolución 5261 de 1994, expedidos por el Ministerio de Salud, se definió como urgencia *«(...) la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte (...)»* y *«(...) la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras (...)»*.

Por su parte, el art. 14 de la Resolución 5261 de 1994, estableció algunas reglas frente al reconocimiento de reembolsos al indicar que las entidades promotoras de salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya sufragado por su cuenta, entre otras situaciones, en los siguientes casos: a) atención de urgencias en caso de ser atendido por una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS – causal que debe ser interpretada en armonía con la Ley 1751 de 2015; b) cuando exista una autorización expresa de la EPS para una atención específica; y c) en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir sus obligaciones frente a los usuarios.

Adicionalmente, se advierte que el art. 120 del Decreto 19 de 2012, consagra que *“Cuando se trate de la atención ambulatoria, con internación, domiciliaria, de urgencias e inicial de urgencias, el trámite de autorización para la prestación de servicios de salud lo efectuará, de manera directa, la institución prestadora de servicios de salud IPS, ante la entidad*

*promotora de salud, EPS. En consecuencia, ningún trámite para la obtención de la autorización puede ser trasladado al usuario”.*

En el presente asunto, se advierte que la accionante pretendió inicialmente en el libelo introductor el reembolso de los gastos cancelados de manera particular por valor de \$34.963.888 por concepto de material de osteosíntesis no cubierto por Coomeva Medicina Prepagada Oro, de los que anticipó directamente la suma de \$34.805.148 según el recibo definitivo de caja n.º P200057077 del 19 de enero de 2019 (arch. 18 subcarpeta 1) y factura del 21 de enero de 2019 n.º FS5226240 (subcarpeta 5c), al considerar que se trataba de una atención de carácter ‘prioritario’ que debió recibir la usuaria de manera oportuna, lo cual no fue suplido por la accionada; ahora, en la impugnación pretende que solo sea devuelto el valor atinente a 26 tornillos mesa uniplanar de 4.5 a 7.5 X 25A55, ref 801-34525A801-37555 pagados ante la Fundación Santa Fe de Bogotá, esto es, de \$32.990.464 según soporte de atención n.º FS5226240 con pago directo expedido por Hospital Universitario de dicha fundación el 21 de enero de 2019 y allegado con la demanda (arch. 19 subcarpeta 1), frente a lo cual debe indicar la Sala que no le asiste la razón a la apelante, por lo siguiente:

No fue objeto de discusión que la accionante se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria en el régimen contributivo administrado por la EPS Suramericana SA, pues así da cuenta el archivo n.º 4 de la subcarpeta 5.1c; no obstante, argumentó que se le autorizó la realización de un procedimiento quirúrgico de alta complejidad por tratarse de una intervención que podría comprometer estructuras como la médula espinal; sin embargo, verificado el material probatorio allegado con el libelo introductorio, no se aportaron las órdenes de servicio n.º 5936, 10914, 10920 y 1124.

Se allegó por parte de la EPS Sura, la orden n.º 934-72655500 expedida el 3 de octubre de 2014 en favor de la accionante en calidad de beneficiaria y con validez hasta el 28 de septiembre de 2015, en la que se le autorizó el procedimiento insumo material de osteosíntesis (general) para el diagnóstico M545 relacionado con dolor lumbar inespecífico, en la IPS Administradora Country SA (arch. 2 subcarpeta 5.1c). Es evidente, que según lo dispuesto en el par. 12 del art. 12 de la mentada Resolución 5261 de 1994, este insumo se encuentra incluido en el POS, hoy PBS.

La historia clínica que se aportó por la accionante, es la emitida el 19 de diciembre de 2018 por el Ortopedista y Traumatólogo Dr. Andrés Rodríguez Múnera, aportada igualmente por la Fundación Santa Fe de Bogotá, de donde se desprende que dicho profesional es el médico tratante de la accionante, y que se encuentra adscrito a Coomeva Prepagada, en donde se le abrió la historia clínica desde el 21 de febrero de 2017, con el fin de tener opinión sobre el manejo de su escoliosis idiopática, el plan de tratamiento fue aportar RX actualizados; tuvo varias citas de control para el mismo diagnóstico: el 20 de septiembre de 2018, data en la que refirió dolor ocasional, no se aportaron nuevas imágenes radiológicas y como plan se solicitó radiografía panorámica de la columna vertebral, test de escoliosis y espirometría para presentarse con resultados en junta médica. El 13 de noviembre de 2018 se informó que el caso se presentó en la junta con los exámenes, sin presentar déficit neurológico, se avizoraron las deformidades del tronco ya conocidas, se estudió la radiografía panorámica tomada el 25 de septiembre de 2018 y como plan se le explicó a la paciente que la decisión es ofrecerle la opción de corrección QX por vía posterior en 2 tiempos, se le expuso el procedimiento, el desenlace esperado así como los riesgos y posibles complicaciones, y allí mismo se indicó que la paciente y su esposo entienden y aceptan; siendo esta la única información que se desprende de la historia clínica allegada por la parte actora (arch. 13 subcarpeta 1).

En el archivo 11 de la subcarpeta 1 obra la consulta de anestesia del especialista Álvaro Pinilla Rojas adscrito al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá expedida el 10 de enero de 2019, en donde como resumen de la historia clínica se indicó que la demandante para la época era paciente de 54 años, con escoliosis idiopática toraco-lumbar congénita, asintomática hasta los 44 años cuando empezó a doler, con acentuación de la curva de escoliosis en los últimos años, dolor progresivo, sin síntomas cardiovasculares ni respiratorios y espirometría normal, se le dio la información relacionada con el ayuno, los riesgos, complicaciones y cuidados respiratorios perioperatorios (págs.. 3, 4); también reposa el consentimiento informado de anestesia para la corrección de escoliosis firmado el mismo día por la demandante y su médico anesthesiólogo (págs.. 5, 6), así como con consentimiento para la intervención quirúrgica o procedimiento especial para la corrección de escoliosis en múltiples tiempos, firmado tanto por el mencionado médico ortopedista, la demandante y su esposo el 10 de enero de 2019 (págs. 1, 2).

El Hospital Universitario de La Fundación Santa Fe de Bogotá, aportó entre otras cosas, exámenes de laboratorio y paraclínicos pre y posoperatorios con transfusiones sanguíneas y hemocomponentes, consentimiento general para el ingreso al hospital firmado por el esposo de la demandante el 14 de enero de 2019, los reportes de las imágenes diagnósticas n.º 4 y 7 tomadas a la demandante el 10 de marzo de 2017 como test de escoliosis y el 28 de diciembre de 2018 como radiografía de tórax, respectivamente, más la historia clínica de la accionante en 12 eventos, de los cuales, para lo que interesa a la alzada, son los eventos n.º 3, 4, 7 y 8 los más relevantes, dado que los n.º 9 a 12 son situaciones posteriores al procedimiento quirúrgico por el cual la demandante solicita su reembolso, ubicados entre el 12 de abril de 2019 y el 17 de noviembre de 2020.

En el evento n.º 3 se registró el ingreso el 25 de abril de 2017 por medicina interna, y se indicó como uno de los antecedentes patológicos una escoliosis severa; en el evento n.º 4, otro ingreso por la misma especialidad el 9 de mayo de 2017 de donde se refleja como uno de los diagnósticos padecidos por la demandante, la mencionada escoliosis con probable manejo quirúrgico; en el evento n.º 7 se verifica un ingreso el 11 de enero de 2019 por ortopedia – programación de orden de cirugía para el diagnóstico M418- otras formas de escoliosis con 3 órdenes de servicio de: osteomía de arco posterior de columna torácica más de 2 segmentos vía posterior, osteomía de arco posterior de columna lumbosacra hasta 2 segmentos vía posterior y glóbulos rojos lavados y con registro de historia clínica de ingreso por parte del Dr. Andrés Rodríguez Múnera; y en el evento n.º 8 se registra como fecha de inicio el 14 de enero de 2019 y fecha final el día 21 de los mismos mes y año con el motivo de consulta *«programada para cirugía, corrección escoliosis toraco-lumbar (...) programada para hoy para primer tiempo quirúrgico consistente en aplicación de instrumentación transpedicular y osteotomías tipo D»*, interconsultas de clínica de dolor el 14, 16 y 19 de enero de 2019, récord anestésico, se le dio una incapacidad general vigente entre el 21 de enero y el 4 de febrero de 2019 con manejo ambulatorio, debido al procedimiento de corrección quirúrgica de escoliosis con artrodesis desde T2 hasta L5 con neuromonitoreo intraoperatorio, fue trasladada a cuidados intermedios hasta el 16 de enero de 2019 con medicamentos, tromboprolifaxis mecánica, vigilancia neurovascular distal, imágenes diagnósticas posoperatorias y terapia respiratoria intrahospitalaria; a partir del 17 de enero del mismo año, la paciente fue reubicada a habitación en piso con adecuada evolución, inicio de marcha, terapia física, traslado de silla a cama, cambios de posición y finalmente, la demandante egresó con destino a su

domicilio el 21 de enero de la mencionada anualidad con prescripción de medicamentos y sesiones de terapia física (subcarpeta 5c).

Se aportó comunicación dirigida al Gerente General de la accionada, con sello de recibido del 28 de enero de 2019, suscrita por el esposo de la demandante, en calidad de cotizante de dicha EPS, mediante la cual solicitó la devolución de \$34.963.888 correspondiente al material de osteosíntesis no cubierto por Coomeva Medicina Prepagado Oro, con ocasión de la intervención quirúrgica efectuada a la demandante con base las órdenes de servicio n.º 5936, 10914, 10920 y 1124 para la corrección de la escoliosis, que según el escrito, indican que en las observaciones del analista se informó que cubre un monto máximo de 20 smlmv para primer y segundo tiempo quirúrgico. Al final de dicho documento, se señaló que se le remitiría copia tanto a la Superintendencia de Salud como a la Personería de Bogotá (arch. 15 subcarpeta 1).

El 30 de enero de 2019, la Personería de Bogotá le trasladó la petición n.º SINPROC 2399985 a la Superintendencia de Salud, lo cual fue comunicado al esposo de la demandante (arch. 17 subcarpeta 1); el mismo día, la mencionada Superintendencia le otorgó como radicado a la petición el n.º PQRD-190044528 (arch. 16 *idem*).

El 1º y el 4 de febrero y el 14 de junio de 2019, la EPS Sura, en respuesta a los radicados DP19012914544541, NURC 1-2019-47156//PQRD-19-044528 y 19053115826764 le requirió al esposo y a la apoderada de la accionante la presentación de documentos relacionados en 10 numerales con el fin de generar el respectivo reembolso a tarifas POS (archs. 6, 9, 20 subcarpeta 1).

En el archivo 21 de la subcarpeta 1, reposa comunicación del 18 de febrero de 2019 expedida por el Coordinador Regional de la Red de Sura, en donde en atención a la solicitud de reembolso n.º 82079, se le comunicó a la accionante que no era procedente el mismo *«teniendo en cuenta que no accedió a la prestación en red de EPS Sura, tampoco se evidencian radicados en nuestras oficinas solicitando la prestación del servicio»*, y se le informó de conformidad con el art. 14 de la mencionada Resolución n.º 5261 de 1994, cuáles son los requisitos legales para que la EPS reembolse los gastos asumidos por los usuarios, por concepto de servicios de salud.

En los archivos 12 de la subcarpeta 1 y 3 de la subcarpeta 5.1c obra una colilla denominada devolución de reembolso expedida por la EPS Sura, de donde se desprende que la fecha de la radicación por parte de la accionante fue el 14 de febrero de 2019 con el n.º 3-82079 para el reembolso de \$34.963.888, pero fue devuelto el mismo día, bajo la causal de rechazo n.º 63 atinente a no utilizar la red de servicios y con la observación de que la paciente no accedió a la prestación en red de EPS Sura.

El 5 de julio de 2019, el Área de Acceso y Beneficios de la EPS Sura, en alcance al radicado 19053115826764 le informó a la apoderada de la accionante que el 18 de enero de 2019 por llamada telefónica # 201901181115 a la Línea del Prestador de EPS Sura, la Fundación Santa Fe de Bogotá, solicitó autorización por atención de urgencias para el procedimiento denominado *primer tiempo quirúrgico consistente en aplicación de instrumentación transpedicular y osteotomías tipo I*, para lo cual se indicó que debía llevarse a cabo el trámite de remisión por la red de neurocirugía de la EPS Sura. Manifestó que el 19 de enero siguiente, se confirmó por parte de la EPS Sura, la autorización para el traslado de la paciente, por haber sido aceptada en el Hospital Nacional de Colombia; sin embargo, la remisión fue cancelada con la indicación *«pagan todo por particular»*.

Agregó que el 20 de enero de 2019, se efectuó una llamada a la Fundación Santa Fe de Bogotá, para reiterar la aceptación de la paciente en el Hospital Nacional de Colombia, lo que se confirmó con Jhon Luna, funcionario de la Fundación Santa Fe, pero él informó que a la paciente ya le habían realizado el procedimiento, por lo que se comunicaron con Raúl Ramírez del área de autorizaciones y confirmó que el esposo de la demandante asumió y canceló el dinero faltante del material; motivo por el que se procedió a cancelar la remisión y la cama en el Hospital Nacional. En ese sentido, indicó que no es procedente el reembolso teniendo en cuenta que, aun teniendo la autorización para el servicio, la paciente no accedió a la prestación dentro de la red de EPS Sura, sin que se evidenciaran radicados de fechas anteriores en las oficinas de la EPS con el fin de solicitar la prestación del servicio, de conformidad con el art. 14 de la Res. 5261 de 1994 (arch. 3 subcarpeta 1).

Por su parte, el Hospital Universitario de La Fundación Santa Fe de Bogotá, en atención al requerimiento efectuado en el auto admisorio, señaló frente a los 8 ítems solicitados en dicho proveído que la accionante fue atendida el 14 de

enero de 2019 en un procedimiento quirúrgico programado bajo la cobertura de Coomeva Medicina Prepagada, hasta el límite máximo de 15 SMLMV según la autorización emitida por Coomeva para el MOS (material de osteosíntesis, empero al realizar el proceso de verificación de derechos de la usuaria, se identificó como entidad responsable de la afiliada a Sura EPS, tal y como también fuera informado por el esposo de la demandante, con quien a pesar de tener convenio vigente, lo cierto es que la fundación no hace parte de la red de prestadores de dicha EPS; y que, en el post operatorio de la cirugía por la que ingresó la demandante como paciente, se le informó a la EPS Sura, quien señaló que se generaría cobertura a excedentes por medio de su red prestadora, por tanto, se inició remisión de la paciente (arch. 5c).

De manera que, tal y como lo concluyó la *a quo*, en efecto, a pesar de que la demandante siempre estuvo bajo tratamiento por médicos adscritos de la Fundación Santa Fe de Bogotá, que dicho sea de paso indicar, no hace parte de la red de prestadores de servicio de salud adscritos a la EPS aquí accionada, lo cierto es que no se acreditó por parte de la accionante, que hubiera puesto en conocimiento de la EPS con anticipación el procedimiento al cual se pretendía someter ante la mencionada Fundación para mejorar o corregir su escoliosis, con el fin de que la EPS hubiera podido actuar con prontitud y hacer efectivo el servicio requerido por la demandante, quien si bien contaba con una autorización por parte de la EPS Sura, para usar material de osteosíntesis (general) para el diagnóstico M545 relacionado con dolor lumbar inespecífico, en la IPS Administradora Country SA, esa orden tuvo vigencia entre el 3 de octubre de 2014 y el 28 de septiembre de 2015, sin que hubiera sido utilizado el servicio, ni se acreditó o manifestó el motivo por el cual prescindió de esa atención.

Nótese además, que la demandante no contestó el requerimiento efectuado en el auto admisorio, con el fin de allegar constancia de haber radicado ante la accionada la orden médica de la cirugía de corrección de escoliosis en múltiples tiempos y material de osteosíntesis tornillo mesa uniplanar (arch. 4). Solo hasta el 21 de febrero de 2017 la demandante, puso de presente pero ante sus médicos tratantes internista y ortopedista de la Fundación Santa Fe, sus antecedentes patológicos de escoliosis idiopática, con el fin de tener opinión sobre el manejo de su diagnóstico; empero, según la información que se detalla en las historias clínicas aportadas tanto con el libelo introductor como con la respuesta dada por la Fundación Santa Fe de Bogotá, al requerimiento efectuado por la *a quo*, se

logra establecer que luego de haber sido estudiado el caso en una junta médica, el ortopedista y traumatólogo adscrito a dicha fundación, le **ofreció** como plan de estudio y tratamiento, efectuar o no la corrección quirúrgica de su escoliosis toraco – lumbar en 2 tiempos, sin embargo, de ninguna de las documentales aquí reseñadas se verifica que tal propuesta hubiera sido calificada como urgente o prioritaria, como equivocadamente parece entenderlo la impugnante. Se advierte incluso que, en uno de estos documentos, la opción que le dio el médico tratante a la demandante era no operarse, pero estas situaciones tampoco fueron puestas de presente ante la EPS accionada.

Así las cosas, las manifestaciones elevadas por la actora resultan carentes de respaldo probatorio, y de ninguna manera justifican el hecho de que haya decidido recibir atención particular quirúrgica de la mencionada especialidad de ortopedia y traumatología en el Hospital de la Fundación Santa Fe de Bogotá, el 14 de enero de 2019.

No se observa negligencia alguna por parte de la EPS Sura, en la medida en que no se puede pasar por alto, que según lo informado por la Fundación Santa Fe de Bogotá, fue en el post operatorio de la cirugía practicada a la demandante, que se le informó a la EPS del procedimiento quirúrgico, lo que reafirma lo indicado por el Área de Acceso y Beneficios de la EPS Sura, en relación que fue una llamada realizada por la Fundación, el 18 de enero de 2019, en la que se solicitó la autorización para la atención del procedimiento denominado *primer tiempo quirúrgico consistente en aplicación de instrumentación transpedicular y osteotomías tipo I*, sin embargo, a pesar de que la EPS, el día siguiente había autorizado el servicio para ser practicado de inmediato en el Hospital Nacional de Colombia, por hacer parte de la red de neurocirugía de la EPS, claramente la demandante ya no podía ser atendida allí, porque decidió por su propia voluntad ser sometida a ese procedimiento con anterioridad, que no fue calificado como urgente, ante la mencionada Fundación, donde también en compañía de su esposo se efectuó el pago en forma directa aunque parcial, de la facturación emitida por el hospital en donde realmente fue atendida con previa programación de la cirugía y no por uso del servicio de urgencias, sin realizar el trámite pertinente para que se otorgara la autorización por parte de la EPS.

Con base en lo anterior, pese a que la Sala no desconoce la importancia del diagnóstico médico padecido por la accionante, concluye que no se detectó la

incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para cubrir los servicios requeridos por la demandante, en los precisos términos del mencionado art. 14 de la Resolución 5261 de 1994, dado que de la documental aportada, se colige que pese al procedimiento autorizado desde finales del año 2014 con la orden n.º 934-72655500 no fue requerido por la demandante ni durante la vigencia de la autorización y mucho menos 3 años después, ya que aquella optó por acudir de manera libre, voluntaria, caprichosa y en calidad de particular, desde principios del año 2017 ante la Fundación Santa Fe de Bogotá para la atención independiente de sus patologías y asumir los gastos que estos trámites implicaban, haciendo uso de su plan de medicina prepagada en Coomeva, quien según lo manifestado por la Fundación, emitió la autorización de ese material de osteosíntesis con cobertura hasta 15 smlmv.

Es que el reconocimiento económico opera en casos excepcionales, pues de acuerdo con la conformación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los usuarios que pretendan la determinación de un diagnóstico o la práctica de un procedimiento deben previamente acudir a las clínicas y médicos que ofrece su EPS, quien estará obligada a prestar los servicios requeridos y de no hacerlo, hará procedente entonces el reconocimiento económico a que haya lugar, según la causal que se configure, que aquí como se vio, no ocurre, máxime que la accionante nunca manifestó encontrarse en incapacidad económica de asumir el servicio; al contrario, su esposo lo cubrió de manera directa.

Del material probatorio no se infiere que la presunta tardanza se haya presentado por problemas administrativos entre las entidades encargadas de prestar los servicios, siendo insuficiente la sola manifestación de la demandante en su libelo genitor y en las distintas comunicaciones radicadas ante la EPS Sura; por el contrario, se verifica que la accionada, incluso luego de haber sido mal informada en relación con el procedimiento que aparentemente la demandante aún necesitaba, emitió la autorización de manera oportuna y a través de su red de prestadores, cosa distinta es que el procedimiento que autorizó ya había sido practicado a la demandante y ello no fue debidamente informado a la EPS, de ahí que la autorización con destino al Hospital Nacional de Colombia, hubiera tenido que ser cancelada por la accionada, pues solo tuvo conocimiento de los hechos cuando la póliza del plan de medicina prepagada había sido excedida a la finalización del procedimiento quirúrgico de la accionante. Luego, la EPS accionada no participó en el proceso de atención del accionante, pero no por

desidia suya sino por falta de información oportuna de parte de la paciente y de la IPS adscrita al plan de medicina prepagada de la misma.

En consecuencia, la Sala **confirmará** la sentencia apelada, sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de julio de 2022, por la Directora Comisionada de Procesos Jurisdiccionales de la Delegatura para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo considerado.

**SEGUNDO: COMUNICAR** a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al par. 1.º del art. 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el art. 6.º de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, agotado el trámite de rigor y en firme esta providencia, previas las desanotaciones del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**  
Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Magistrado

Enlace expediente digital:

[https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/Enl6pZpQc09KuPTjv2wYUWgB6sYX0TQbO62E0mEgGKW4RA?e=cd2Z7a](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Enl6pZpQc09KuPTjv2wYUWgB6sYX0TQbO62E0mEgGKW4RA?e=cd2Z7a)

**Firmado Por:**

**Luz Patricia Quintero Calle**

**Magistrada**

**Sala Laboral**

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **eb7ab3d5c702b019b240dad4a14052c86034a9e0f9a568cd3cfa466c3f718f6**

Documento generado en 15/12/2022 03:07:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



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

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **010 2020 00128 01**  
**DEMANDANTE:** MARGARITA VELANDIA HERNÁNDEZ  
**DEMANDADOS:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última entidad, respecto de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

**I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante que se declare la nulidad del tránsito efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA, junto con el traslado de los aportes a Colpensiones; a su vez, que se condene a la última entidad a efectuar la afiliación en el RPM y reconocerle la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de los valores ordenados.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 11 de septiembre de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes

del año 2018; que efectuó cotizaciones a Colpensiones del 4 de agosto de 1980 al 30 de junio de 1995; que se afilió a Porvenir SA desde el 30 de junio de 1995, momento en el que no se le brindó asesoría y buen consejo sobre el acto que estaba celebrando; y, que presentó reclamación ante las encartadas (págs. 37 a 45, arch. 4).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 14 de agosto de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 12).

**Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (págs. 3 a 17, arch. 5).

A **Porvenir SA** se le tuvo por no contestada la demanda (arch. 27).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (arch. 13).

## III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de junio de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la Sociedad administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA realizada mediante la suscripción de la afiliación de fecha 22 de noviembre de 1995, por el incumplimiento del deber de información, por no haberse suministrado la información completa, cierta, veraz y de manera oportuna en el momento de su traslado, y se ordenó su regreso automático al régimen de prima media, administrado por Colpensiones.

A su vez, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad y a Porvenir SA a realizar con destino al régimen de prima media administrado por Colpensiones la devolución de las

sumas que se encuentren en la cuenta individual correspondientes a cotizaciones, rendimientos y frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y incluyendo en la devolución de los gastos y comisiones de administración, debidamente indexados, para lo cual se le otorgó el término de 15 días hábiles a la ejecutoria de la providencia a la AFP privada, a quien se le ordenó igualmente que debía acompañar con la devolución de los dineros, las documentales correspondientes para que pueda establecer que se hace la devolución a Colpensiones. Finalmente condenó a Colpensiones a que una vez ingresen las sumas de dineros provenientes de la Porvenir SA, proceda a hacer la revisión de que la devolución se hace en los términos indicados en la sentencia, y de manera inmediata deberá imputar al demandante para efectos pensionales (Arch. 35).

Consideró que en este asunto únicamente se había aportado como prueba de la asesoría dada a la afiliada el formulario de vinculación suscrito por ella, no obstante del mismo no se podía desprender que se hubiera cumplido con el deber de información al que se ha hecho referencia en la jurisprudencia del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, máxime cuando Porvenir SA no contestó la demanda y a pesar de que en el interrogatorio de parte al representante legal se adujo que a los asesores se les daba capacitación, además de no probarse esa afirmación, ello tampoco evidenciaba que se hubieran trasladado a la gestora los datos que requería para tomar una decisión con suficiente ilustración.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**Porvenir SA** apeló la orden emitida en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, por considerar que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, por estimar que de hacerse también tendría que condenarse a la activa a restituir los frutos financieros derivados de la cuenta de ahorro individual, de acuerdo con el art. 1746 del CC, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin justa causa. Agregó que además tales rubros también son descontados en el régimen de prima media y que al no ser parte integrante de la pensión están sujetos al fenómeno de la prescripción.

**Colpensiones** adujo en el recurso que en el expediente existen suficientes evidencias que permiten establecer que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también, que el asesor del fondo privado le suministró la totalidad de la información de manera clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse del RPM, por lo que no se configuró ningún vicio del consentimiento, debido a que la demandante era consciente del acto que estaba celebrando y no se acreditó que el asesor de manera dolosa la haya inducido a realizar el traslado. También dijo que no resultaba violatorio del debido proceso exigir al fondo de pensiones la aportación de soportes de la entrega de información, que no estaban previstos para la época del traslado y que al estar inmersa la gestora en la prohibición legal para retornar al RPM no es posible acceder a los pedimentos de la demanda

## **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Porvenir SA presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación (arch. 5, C002).

## **VI. ACLARACIÓN PREVIA**

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del

traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

## VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 11 de septiembre de 1961 (pág. 20, arch. 4); **ii)** cotizó por medio de Cajanal, tal como se desprende del formulario de afiliación a Porvenir (pág. 379, arch. 23); **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 22 de noviembre de 1995 (pág. 101 y 379, arch. 23), donde se encuentra vinculada en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la

naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

(…) 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 arch.s 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.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 22 de noviembre de 1995, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) 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 y 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.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 22 de noviembre de 1995, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima

y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, y en este sentido se **adicionará** lo dispuesto por la *a quo*, para ordenar a la AFP Porvenir efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»*<sup>1</sup>, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia proferida el 9 de junio de 2022, por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA deberá devolver también, con destino a Colpensiones,

---

<sup>1</sup> CSJ SL1688-2019.

además de los conceptos allí relacionados, bonos pensionales, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

**CUARTO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital\*

[https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EqTLmhCEihJJhzWvyJsibAQBulVzAjMkeg3D\\_6syYHCx1w?e=TIUxZG](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqTLmhCEihJJhzWvyJsibAQBulVzAjMkeg3D_6syYHCx1w?e=TIUxZG)

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

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

Código de verificación: **d1a409f6d58d18297c6dd4292f46fd1d261d4166d94783c01dce320e6ed071d6**

Documento generado en 15/12/2022 03:07:19 PM

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



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

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **015 2021 00127** 01  
**DEMANDANTE:** MARÍA YASMÍN RÍOS VÁSQUEZ  
**DEMANDADAS:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de los puntos no apelados y discutidos en la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante en forma principal que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 5 de noviembre de 1998 ante Porvenir SA y el 14 de diciembre de 2004 ante Horizonte SA, por falta de información veraz, completa, oportuna y en forma precontractual acerca de las ventajas y desventajas de ambos sistemas de pensiones; en consecuencia, se le ordene retrotraer las cosas a su estado anterior y regresar todos los aportes, rendimientos financieros, bono pensional; a su vez, que se ordene a Colpensiones tenerla como su afiliada en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. De manera subsidiaria solicitó que se declare que la única afiliación válida es la del régimen de prima

media con prestación definida, teniendo en cuenta que para el 5 de noviembre de 1998 existió multivinculación, dado que la escogencia de régimen fue realizada el 1º de marzo de 1996 bajo su empleador Central Papelera Ltda en liquidación, así que no habían transcurrido los 3 años establecidos en el lit. e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por tanto Colpensiones la debe mantener entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado con la totalidad de los aportes realizados en el RAIS (pág. 4 archs. 1, 7 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 24 de junio de 1967; el 5 de noviembre de 1998 se trasladó del RPMPD a la AFP Porvenir SA, la que asumió a la AFP Horizonte SA, sin que su afiliación estuviera precedida de suficiente ilustración acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; que Porvenir SA le realizó una simulación pensional, la cual arrojó como resultado que se pensionaría a los 57 años de edad en el año 2024 con una mesada de \$781.242, en caso de que no volviera a cotizar, y en la suma de \$1.103.800 si se escogiera la modalidad de retiro programado y cotizando el 100% del tiempo, mientras que si se hace la simulación en el RPMPD, obtendría una mesada de \$7.703.063 si se liquida con el 72.03% como tasa de reemplazo según la Ley 797 de 2003, pues entre el 18 de mayo de 1989 y el 24 de junio de 2024 completaría 1697 semanas de cotización; que reclamó administrativamente ante Colpensiones el 27 de mayo de 2019, y obtuvo respuesta el día siguiente (págs. 5, 6 *idem*).

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

Previa subsanación, la demanda se admitió el 5 de noviembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 10 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (archs. 14, 24 *idem*)

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (archs. 19, 24 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 5 *idem*).

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

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 16 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado el 5 de noviembre de 1998 al RAIS; en consecuencia, condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros; condenó a Colpensiones, a aceptar la transferencia y reactivar la afiliación de la demandante, teniendo en cuenta para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante como si nunca se hubiera trasladado al RAIS; se abstuvo de imponer costas a cargo de las partes.

Luego de hacer un relato histórico acerca de la línea jurisprudencial trazada por la Corte en este tipo de casos, señaló que las AFP desde su creación estaban obligadas a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión objetiva, voluntaria, autónoma y consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple ni con el traslado horizontal entre administradoras del RAIS ni con las declaraciones contenidas en el formulario de afiliación, ya que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a las AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, Porvenir no cumplió con la carga de la prueba para acreditar que cumplió a cabalidad con el deber legal de información, de asesoría completa y oportuna, suficiente y veraz, con el fin de que conociera las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y modalidades de pensión, máxime que no obra en el plenario prueba documental o testimonial del cumplimiento del deber de información, y en el interrogatorio de parte de la demandante no se logró confesión respecto a que se le hubiera brindado la información, en cumplimiento del deber de la AFP.

Estableció que solo ordenaba el traslado de los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por no ser procedente la devolución de los gastos de administración y pólizas de seguro previsional, ya que son descuentos que tienen sustento en el ordenamiento legal y dirigidos a terceros, lo anterior, porque en el RPMPD también son cobrados los primeros conceptos y en cuanto a los segundos son recursos destinados a las aseguradoras para garantizar los

riesgos de IVM, y la ineficacia del traslado de régimen se declaró en aplicación del precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL373-2021(archs. 29, 30 C01).

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Colpensiones, argumentó frente a la negativa del traslado de los gastos de administración, que se debe tener en cuenta que jurisprudencialmente se ha indicado que la consecuencia de declarar ineficaz un traslado, es retrotraer las cosas al estado original si no hubiese existido el acto del traslado, por lo que se debe ordenar el reintegro de la totalidad de los recursos de la cuenta individual de ahorro, de los dineros abonado al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, los porcentajes destinados a pagar seguros provisionales, y los gastos de administración.

#### **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante y Porvenir SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (arch. 05 C02). Colpensiones guardó silencio.

#### **VI. ACLARACIÓN PREVIA**

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado,

respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

## VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las comisiones y los gastos de administración.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 24 de junio de 1967 (pág. 14, archs. 1, 7 C01 y subcarpeta 20 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 18 de mayo de 1989 y el 31 de diciembre de 1997 un total de 382.57 semanas (págs. 34-37 archs. 1, 7 y subcarpeta 20 C01); **iii)** el 5 de noviembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de enero de 1999 (págs. 37, 46 arch. 14 C01); **iv)** el 14 de diciembre de 2004 se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías SA,

hoy Porvenir, con fecha de efectividad a 1º de febrero de 2005, administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1356 semanas cotizadas a 6 de febrero de 2018, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (págs.. 20-33, 39, 46 arch. 1 - págs. 28-37 arch. 14 *idem*).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

*«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.»*

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

*«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.»*

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

*«(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*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.*

*(...) 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.»*

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA**,

el 5 de noviembre de 1998, luego el 14 de diciembre de 2004 se trasladó a **Horizonte** fusionada hoy con **Porvenir SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en los formularios de vinculación n.º 0392429 y 6257994 (págs. 38, 39 arch. 14 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia SL1688-2019, expuso:

*«(...) 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 y 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.»*

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1501-2022, precisó:

*«El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.»*

*Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.»*

*Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.»*

Y en la sentencia SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

*«De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por*

*Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.»*

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL2877-2020, SL1942-2021, SL1949-2021 y SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

*«Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.»*

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 5 de noviembre de 1998 con su afiliación a la AFP Porvenir SA, efectiva desde el 1º de enero de 1999 (págs. 37, 46 arch. 14 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de

Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»<sup>1</sup>, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Porvenir SA, la devolución además, de bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y efectuar la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Sin costas en la alzada.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios

---

<sup>1</sup> CSJ SL1688-2019.

recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

**CUARTO:** Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**  
Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Magistrado

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/Eu77deNE4f9Io92tUwsbXa4BsxtVyFMAuRlspcu50CocPA?e=uW5HZY](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eu77deNE4f9Io92tUwsbXa4BsxtVyFMAuRlspcu50CocPA?e=uW5HZY)

Firmado Por:  
Luz Patricia Quintero Calle

**Magistrada**

**Sala Laboral**

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **d10fedd3e2b482e8439e6b83491a0f009a37c58251a8e13cd44f070b54902679**

Documento generado en 15/12/2022 03:07:18 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



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

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

### **Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **018 2020 00098 01**  
**DEMANDANTE:** FLOR EDDY LÓPEZ SARMIENTO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá DC, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor, respecto a la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende el demandante que se condene a Colpensiones a pagarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en aplicación del art. 37 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la misma ley.

Basó sus pretensiones en que nació el 25 de agosto de 1960; que cotizó al ISS un total de 489 semanas; que prestó sus servicios como docente al servicio del Magisterio de la Secretaría de Educación de Soacha, habiéndose retirado del servicio mediante Resolución n.º 2785 del 10 de diciembre de 2012 y el 22 de noviembre de 2012, adquirió el estatus de pensionada por invalidez, prestación que fue pagada desde el 14 de diciembre siguiente, de acuerdo con el reconocimiento efectuado mediante Resolución n.º 0760 del 9 de abril de 2013 (págs. 4 a 13, archivo 1).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 20 de noviembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (págs. 43 a 44, arch. 1), quien la contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que la actora, ya cuenta con reconocimiento pensional de invalidez por parte del FOMAG, hecho que indica la imposibilidad de conceder lo pretendido. Aludió que los recursos que se encuentran a cargo de Colpensiones y no fueron tomados en cuenta en la pensión de invalidez de la asegurada, serán entregados a la entidad que reconoce la pensión, en el caso particular a la Fiduciaria la Previsora SA, por lo que deberá ser la entidad que realizó el reconocimiento pensional, la que solicite a las Administradoras o Entidades los tiempos cotizados que no se tuvieron en cuenta para el reconocimiento, el traslado del valor de las cotizaciones y la información que posean sobre la afiliada incluyendo su historia Laboral, trámite que en el caso en estudio deberá realizar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno (págs. 2 a 16, arch. “*Contestación Flor Eddy López Sarmiento*”, Carp. “*FOLIO 37 CD*”).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio pese a encontrarse notificada (pág. 46 a 49, arhiv. 1).

## III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 7 de febrero de 2022, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez consagrada en el art. 37 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, condenó a Colpensiones a pagarle por tal concepto la suma de \$12.120.645, indexada a la fecha de pago. Finalmente, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Consideró la juez de primer grado que la prestación de invalidez que fue reconocida a la demandante y la indemnización sustitutiva reclamada, resultan compatibles debido a que se derivan de orígenes distintos pues la primera se

fundó en el cargo como docente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, que está a cargo del empleador y la segunda se deriva de aportes de origen privado, por lo que está a cargo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, encontró que para la financiación de la prestación de invalidez no se trasladaron recursos del RPM.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La **demandada** argumentó que, si bien puede predicarse una compatibilidad de las prestaciones, tal situación se da siempre y cuando se trate de docentes vinculados a partir de la vigencia del Decreto 1278 de 2002 y a los asimilados que opten por ello, si el cumplimiento de las exigencias legales para acceder a la pensión se verifica con posterioridad al 4 de diciembre de 2003, tal como se explicó por la Corte Constitucional en sentencia CC C-1157-03. En ese orden, señaló que si los requisitos para acceder a la pensión ocurren con anterioridad a la fecha en mención, la pensión sería incompatible por cuanto para ese momento el art. 45 del Decreto 1278 de 2002, se encontraba vigente y disponía una incompatibilidad entre las pensiones del Magisterio y las del Seguro Social.

#### **V. CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites de la segunda instancia sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, y según lo previsto en los art. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en Determinar si son o no compatibles la pensión de invalidez de la que goza la demandante por su labor como docente oficial, a cargo del Fondo de Prestaciones del Magisterio, y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida a cargo de Colpensiones; en caso afirmativo, se analizará el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder al derecho reclamado.

La Sala encuentra como hechos probados, que la demandante nació el 25 de agosto de 1960 (pág. 14, arch. 1); que el 11 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, negada por medio de la Resolución SUB288975 del 2 de noviembre de 2018, por considerarla incompatible y que los aportes efectuados a ese fondo deben ser entregados a la Fiduciaria la Previsora SA (Págs. 19 a 23,

arch. 1), decisión confirmada mediante las Resoluciones SUB5843 del 15 de enero de 2019 (Págs. 24 a 29, arch. 1) y DIR 1085 del 29 de enero de 2019 (Págs. 30 a 34, arch. 1); que a través de Resolución n.º 0760 del 9 de abril de 2013 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de invalidez efectiva a partir del 14 de diciembre de 2012, por los servicios prestados de manera interrumpida del 10 de febrero de 1995 al 13 de diciembre de 2012 y por haber sido calificada con una pérdida de capacidad laboral del 96% (págs. 15 a 17, arch. 1); y, que la parte actora cotizó en el extinto Instituto de seguros sociales 489,43 semanas por medio de la empleadora Hermanas Misioneras de la Consolata, que es una persona jurídica de derecho privado.

Por imperativo mandato legal contenido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes forman parte del sector que la jurisprudencia y la doctrina ha considerado como regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, que en su art. 279 expresamente preceptuó que el Sistema de Seguridad Social Integral de dicha Ley no se aplicaba, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 «cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración», de tal manera que los educadores cobijados por esas prerrogativas tienen consagradas en su favor claras disposiciones de compatibilidad con pensiones, salarios y cualquier otro ingreso; no solo en lo atinente a ese régimen pensional especial, sino que también cubre las contingencias para la vejez establecidas en Sistema General de Seguridad Social, creado por la Ley 100 de 1993.

Además, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, refirió con relación a esta compatibilidad, que para el caso de los educadores quedó abierta la posibilidad de acumular cotizaciones, sin embargo, ello no implica que los docentes deban escoger obligatoriamente uno de los dos regímenes existentes en materia de pensiones, lo que se prevé allí es la posibilidad de solicitar la acumulación de los aportes efectuados en uno de esos regímenes, con el fin de incrementar la prestación económica por vejez o disfrutar ambas prestaciones.

De manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no existe una incompatibilidad para gozar simultáneamente de las dos prestaciones, originadas ellas, en el trabajo a diferentes empleadores, puesto que la financiación de una y otra pensión es

diferente, precisándose que los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles ( CSJ SL451-2013, CSJ SL3775-2021 y CSJ SL1968-2022).

También debe advertirse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que los docentes vinculados con posterioridad gozarán de las previsiones legales contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cierto es que para los docentes vinculados antes de aquella, aplican las disposiciones vigentes para el Magisterio Nacional, situación en la que se encuentra jurídicamente la demandante, pues estuvo vinculada en esa calidad desde el 10 de febrero de 1995 (págs. 15 a 17, arch. 1), razón por la que no hay lugar a declarar la incompatibilidad pensional entre las prestaciones.

En este punto, se advierte que aun cuando el lit. b) del art. 32 de la Ley 100 de 1993, prevé que una de las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones consiste en que *«Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública»*, no se puede perder de vista que, la última expresión fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-378-98 *«(...) en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación»*.

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, de manera reiterada y uniforme, ha explicado igualmente, que a pesar de que Colpensiones tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, ello no implica la propiedad del fondo económico con el que se financian las mismas, toda vez que los aportes que sirven para el efecto son realizados por empleadores y trabajadores y dicho ente solo actúa como su administrador (CSJ SL1373-2019, CSJ SL4538-2018 , CSJ SL451-2013 y CSJ SL 41158, 18 sep. 2012).

Finalmente, y en cuanto a la referencia que hace el recurrente al art. 45 del Decreto Ley 1278 de 2002, declarado inexecutable en la sentencia CC C-1157-03, es preciso anotar que no resulta ser un fundamento normativo aplicable al asunto bajo examen como quiera que el mismo refería a una prohibición para el

servidor público de realizar otros oficios u actividades, mientras se desempeñaba como servidor público.

De este modo, encuentra la Sala que para el momento de solicitarse la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el 11 de septiembre de 2018, la demandante contaba con un total de 489,43 semanas de cotización y 58 años, así mismo, manifestó su imposibilidad de seguir cotizando, razón por la cual se concluye que acredita los requisitos normativos dispuestos en el art. 37 de la Ley 100 de 1993, pues no cumplía con la densidad de cotizaciones necesaria para acceder a la pensión de vejez, habiendo arribado a la edad mínima pensional desde el año 2017, de conformidad con lo dispuesto en el Sistema General de Pensiones, art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003.

Según lo hasta aquí expuesto y en los términos de lo dispuesto en el art. 37 de la Ley 100 de 1993, había lugar a ordenar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como lo estableció la *a quo*, equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

El artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, dispone la fórmula a aplicar para determinar el valor de la indemnización sustitutiva, la que conforme a la liquidación que se anexa a esta decisión, teniendo en cuenta un total de 489,43 semanas de cotización, un salario base de liquidación promedio semanal de \$324.438 y un promedio ponderado de los porcentajes de cotización de 9,21%, arroja la suma de \$14.618.013, la cual fue indexada a 2021 como lo hizo la *a quo* y resulta superior a la establecida en primera instancia, por lo que dicha decisión se **confirmará** al no ser posible hacer más gravosa la situación del apelante único, a favor de quien se surte así mismo el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto a la prescripción, advierte la Sala que la misma no se encuentra probada con fundamento en el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3659-2020, en la que concluyó: *“En punto a la prescripción, debe tenerse en cuenta que la indemnización sustitutiva constituye un derecho pensional imprescriptible, pues no se trata de una simple suma de dinero o crédito laboral, sino de una garantía que a través de*

*un ahorro forzoso busca amparar el riesgo de vejez, invalidez o muerte. (SL4559-2019)”.*

Finalmente, se **confirmará** la condena relativa a la indexación de las sumas ordenadas a la fecha de pago efectivo, al no serle extensible a la activa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose a los términos previstos en el Artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado

Enlace expediente digital:

[https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EgFrgyAatv1Mmt6TiZF-zYABzMbQMv0FmuNBLlcKaEd0oA?e=Jqe1av](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EgFrgyAatv1Mmt6TiZF-zYABzMbQMv0FmuNBLlcKaEd0oA?e=Jqe1av)

**Firmado Por:**

**Luz Patricia Quintero Calle**

**Magistrada**

**Sala Laboral**

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **75e4e60cd758689898bf68c48f9f8810f93a7b78e7f543352101c092529d6054**

Documento generado en 15/12/2022 03:07:17 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



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

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

### **Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **020 2019 00528** 01  
**DEMANDANTE:** POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES DEL  
VALLE ICV SAS Y ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ

Bogotá DC, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. AUTO**

Se reconoce personería al abogado DIEGO FERNANDO HUERTAS CALDERÓN identificado con CC 98.344.642 y TP 171.274 del CSJ, como apoderado judicial de los señores JUAN BAUTISTA CHACALAN VALENZUELA, GUSTAVO SEBASTIÁN CHACALAN OVIEDO y MARTHA ISABEL CHACALAN OVIEDO, en los términos y para los fines del poder allegado (archivo 07, C002).

### **II. CUESTIÓN PREVIA**

Los señores Juan Bautista Chacalan Valenzuela, Gustavo Sebastián Chacalan Oviedo y Martha Isabel Chacalan Oviedo, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron se declare la nulidad de lo actuado en el presente asunto, mediante escrito recibido en esta Corporación el 29 de septiembre de 2022; por

secretaría se corrió traslado del incidente de nulidad, el cual se fijó en lista de traslado el 5 de octubre de 2022, conforme a lo normado en el artículo 110 del CGP (archivo 08, C002), sin que las partes se hubieran pronunciado.

Se pretende con la nulidad, que se ordene la integración de la litis con los señores Juan Bautista Chacalan Valenzuela, Gustavo Sebastián Chacalan Oviedo y Martha Isabel Chacalan Oviedo, en calidad de litisconsortes necesarios, como quiera que consideran tener interés directo en las resultas de las diligencias.

Como fundamento de la solicitud, aducen que fungen como demandantes dentro del proceso con radicado 7600131050132018006900, que cursa en el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, y como demandadas Ingeniería y Construcciones del Valle ICV SAS, solidariamente el Municipio de Pradera – Valle del Cauca y Álvaro Lázaro del Valle, en el que fueron llamados como litisconsorcios necesarios, la señora Elizabeth Arango Rodríguez y Positiva Compañía de Seguros, como llamada en garantía Liberty Seguros SA.

Dijeron que en ese proceso pretenden el reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios con ocasión del accidente de trabajo que fue calificado como de origen laboral por Positiva Compañía de Seguros, conforme el dictamen n.º 1252861 del 3 de febrero de 2016, accidente que tuvo como consecuencia el fallecimiento del señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo, hijo y hermano de los incidentistas; que en este asunto la demandante Positiva Compañía de Seguros pretendió demostrar que el fallecimiento del señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo tuvo como ocurrencia un evento de origen común y no laboral, pretensiones que fueron acogidas en primera instancia, sin que al presente trámite se hubiese vinculado a los incidentantes a pesar de tener un interés material, directo y legítimo, como quiera que las pretensiones del proceso que cursa en el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali tienen como asidero la calificación como de origen laboral del accidente en que falleció el causante.

En lo que tiene que ver con la falta de integración del contradictorio, el art. 61 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del CPTSS, dispone que *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse*

*por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

El litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso, y se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídico material, única e indivisible, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente. Es decir, la característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes.

En el presente caso pretende Positiva Compañía de Seguros, se declare que el accidente en cual falleció el señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo que tuvo lugar el 8 de diciembre de 2015, es de origen común y no laboral. En consecuencia, se deje sin efecto el dictamen proferido por esa entidad y se declare que no esta obligada al reconocimiento de la prestación derivada del fallecimiento. De igual manera, solicita se deje sin efecto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Elizabeth Arango Rodríguez en calidad de compañera permanente y se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones asumir la prestación de sobrevivientes, además se ordene pagar a Positiva las mesadas pagadas a Elizabeth Arango Rodríguez con ocasión de la prestación reconocida.

En lo que importa a la nulidad, Positiva Compañía de Seguros SA fundamentó sus pretensiones, en que el señor Luis Eduardo Chalacan Oviedo (QEPD), se encontraba afiliado por su empleador Ingeniería & Construcciones del Valle ICV SAS, al sistema de riesgos laborales en Positiva Compañía de Seguros SA y a la Administradora Colombiana de Pensiones, para el día del accidente mortal.

De manera adicional, expuso las inconsistencias en las declaraciones vertidas con ocasión de la investigación del evento mortal por intermedio de la

Firma investigadora Análisis de Riesgos Aires S EN CSS, legalmente autorizada para tal fin, y lo comunicado por el empleador el 25 de octubre de 2018, donde pone de presente que la calificación efectuada por esta entidad respecto del evento mortal de Luis Eduardo Chalacan Oviedo, que “... 1(...) la ocurrencia 8/12/2015, a las 820 horas, día martes jornada normal(..), 2. (...) con tiempo laborado 01 horas 20 minutos en obra pública, Evento no presenciado (...), 3(...) Vigilante de obra., pues el día martes 8 de diciembre era festivo y dicho trabajador no había sido convocado a laborar es día festivo.”

En ese orden, la controversia que se planteó ante la jurisdicción, en primer lugar, es determinar el origen del accidente en el cual falleció el señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo y que tuvo lugar el 8 de diciembre de 2015, declaración de la cual se derivan los demás pedimentos.

En esa medida, cuando se discute si el origen de un accidente es común o laboral, los llamados a integrar el litigio en calidad de litisconsorcios necesarios son las aseguradoras de cada sistema, es decir, la aseguradora del sistema de riesgos profesionales que para el caso es Positiva Compañía de Seguros SA, y la aseguradora del sistema de seguridad social que en este evento es la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, así como el empleador bajo el que se encontraba vinculado el afiliado, esto es, para el presente asunto Ingeniería & Construcciones del Valle ICV SAS, y los beneficiarios de las prestaciones económicas en el Sistema Integral de Seguridad Social.

Así pues, en lo que respecta a la solicitud de vinculación de los señores Juan Bautista Chacalan Valenzuela, Gustavo Sebastian Chacalan Oviedo y Martha Isabel Chacalan Oviedo, encuentra la Sala que, pese a que los pedimentos se fundan en la determinación del origen del evento en el cual falleció el señor Luis Eduardo Chalacan Oviedo (QEPD), lo cierto es que sin ellos es posible resolver de fondo este aparte del litigio, sin la más mínima afectación de sus intereses, y sin que resulte necesario resolver de manera uniforme para los incidentantes relación sustancial alguna, por lo que, no deviene en necesaria su comparecencia en este proceso, sin que ello obste para que, la decisión a la que aquí se arribe, incida en las resultas del proceso que aquellos promovieron, como un hecho sobreviniente.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las pretensiones relacionadas con la pensión de sobrevivientes que fue reconocida a la señora Elizabeth Arango

Rodriguez por parte de Positiva Compañía de Seguros y que ahora se pretende quede a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, no se advierte que haga parte del petitum de los incidentantes dentro del proceso con radicado 7600131050132018006900 que cursa en el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, que eventualmente diera lugar a la integración de la litis que se pretende con la nulidad.

### **III. SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES**

Pretende la demandante Positiva Compañía de Seguros SA, que se declare que el accidente en cual falleció el señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo que tuvo lugar el 8 de diciembre de 2015, es de origen común y no laboral. En consecuencia, se deje sin efecto el dictamen proferido por esa entidad y se declare que no está obligada a reconocer y pagar prestaciones derivadas del fallecimiento; que se deje sin efecto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Elizabeth Arango Rodríguez en calidad de compañera permanente y se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones asumir la prestación de sobrevivientes, además se ordene pagar a Positiva las mesadas pagadas a Elizabeth Arango Rodríguez con ocasión de la prestación reconocida, junto con la indexación de las sumas que sean reconocidas (pág. 11-12, archivo 01, C001).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el día 8 de diciembre de 2015, fue encontrado el señor Luis Eduardo Chalacan Oviedo sin signos vitales en la vía pública, lo que se pone en conocimiento de las autoridades y proceden con el levantamiento de cadáver; que el causante se encontraba afiliado por su empleador Ingeniería & Construcciones del Valle ICV SAS, al sistema de riesgos laborales en Positiva Compañía De Seguros SA y a Colpensiones, para el día del accidente mortal; que según el reporte del accidente el trabajador se encontraba en la obra, cuando fue intimidado y golpeado por cuatro (4) hombres, quienes lo hirieron con piedras en la cabeza causándole la muerte; que según el dictamen n.º 1252861 del 3 de febrero de 2016 se calificó como de origen profesional el evento fatal, basado en la investigación que realizó la firma investigadora Análisis De Riesgos Aires S en CSS, legalmente autorizada para tal fin.

Aseguró, que la señora Elizabet Arango Rodríguez en su calidad de compañera permanente se presentó a solicitar la pensión de sobrevivientes, a quien le fue reconocida mediante oficio de fecha 29 de julio de 2016, por tanto con corte a 21 de marzo de 2019, se le ha pagado la suma de \$21.422.138; que de igual manera, se presentaron a reclamar la prestación los señores Juan Bautista Chalacan Valenzuela y Teresa Dolores Oviedo Chamarro, en calidad de padres del causante, no obstante les fue negada la prestación por existir una beneficiaria de mejor derecho; que mediante comunicación de fecha 25 de octubre de 2018, radicada ante la demandante el 1 de noviembre de 2018, el representante legal del empleador informó que recibió información errada sobre los hechos ocurridos el 8 de diciembre de 2015, en relación con el accidente que tuvo el señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo, pues luego de investigaciones internas se estableció que para esa data no había sido convocado a laborar dicho trabajador, mas aun, que no hubo programación para ninguno de los obreros; que adjuntó a la comunicación la declaración extrajuicio de los señores Elizabeth Arango Rodríguez, Joan Andrés Lenis, José Cleves Medina Mosquera y Hernán Luis Betancour Agudelo, en los cuales se advierte que el señor Luis Eduardo para el día de los hechos no se encontraba laborando; además, que para esa fecha el contrato se encontraba suspendido.

Por lo anterior, considera que se debe declarar que el origen del evento es común y no derivado de la relación laboral; y advirtió, que suspendió el pago de la prestación a la señora Elizabeth Arango Rodríguez, hasta que se verifique el origen definitivo del accidente (pág. 6-11, archivo 01, C001).

#### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda fue admitida el 20 de agosto de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (archivo 104-105, C001), quienes dieron respuesta en término oportuno.

**La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que la actora reclamó el derecho pensional en calidad de compañera permanente, prestación que le fue negada mediante resolución GNR 364053 del 1 de diciembre de 2016 por no acreditar el tiempo mínimo de convivencia para ser acreedora de la pensión de sobrevivientes; que en su oportunidad el accidente fue calificado como laboral por parte de Positiva, decisión que se encuentra ejecutoriada. Solicitó se le

absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, como quiera que ha actuado de buena fe y conforme a derecho. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (pág. 109-134, archivo 01, C001).

**Ingeniería y Construcciones del Valle ICV SAS**, no se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda. Arguyo, que conforme la nueva investigación realizada se advirtió que el señor Luis Eduardo Chacalan no había sido llamado a laborar el día 8 de diciembre de 2015. No propuso excepciones. (pág. 1-12, archivo 02, C001).

**Elizabeth Arango Rodríguez**, en relación con las pretensiones incoadas en la demanda solicita se traslade la pensión de sobrevivientes a Colpensiones y de esta manera no quede desprotegida. Arguyo, que en las declaraciones por ella rendidas fue interrogada por su relación con el causante y no en profundidad respecto de los hechos que rodearon el fatal accidente. No propuso excepciones. (pág. 9-14, archivo 05, C001).

## V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de octubre de 2021, resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** que el fallecimiento del señor **LUIS EDUARDO CHALACAN OVIEDO (q.e.p.d.)**, fue un evento de origen COMÚN y no de origen laboral, por lo que **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, no tiene a su cargo la obligación de reconocer y pagar la pensión de sobreviviente que dejó causado el señor **LUIS EDUARDO CHALACAN OVIEDO**, conforme lo considerado en esta provincia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que la señora **ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ**, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes conforme lo dispone el art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, con ocasión al fallecimiento del señor **LUIS EDUARDO CHALACAN OVIEDO (q.e.p.d.)** dada la acreditación de la convivencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a **COLPENSIONES**, al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora **ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ**, en calidad de compañera permanente del fallecido señor **LUIS EDUARDO CHALACAN OVIEDO (q.e.p.d.)**, a partir del 18 de julio de 2016, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley.

**CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES**, a pagar a modo de devolución, las mesadas pensionales pagadas por la demandante **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** como pensión de sobreviviente a la señora **ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ**, a partir del 18 de julio de 2016 y hasta que dicha pensión se pague por parte de COLPENSIONES, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley, debidamente indexado mes por mes hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE, descontando el porcentaje de aporte a salud que ya fue asumido por la señora ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES**, a pagar la pensión de sobrevivientes directamente a la señora **ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ**, a partir del momento en que **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, deje de pagar la mesada pensional a la misma, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEXTO: ABSOLVER** a las demandadas **INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES DEL VALLE ICV SAS** y a la señora **ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ**, de las pretensiones elevadas en esta demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN, respecto de las mesadas que se causaron con anterioridad al 17 de julio de 2016, inclusive, conforme a lo considerado en esta sentencia.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas a la demandada **COLPENSIONES**, a favor de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a DOS (2) SMLMV. **SIN COSTAS** para los demandados **INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES DEL VALLE ICV SAS** y a la señora **ELIZABETH ARANGO RODRÍGUEZ**.

**NOVENO:** Si la presente providencia es o no apelada envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada íntegramente a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue adversa a los intereses de **COLPENSIONES**, entidad y régimen general de pensiones, de la cual es garante la Nación.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en establecer si hay lugar a declarar que el accidente que terminó con la vida de Luis Eduardo Chalacan Oviedo es de origen común y no laboral; en consecuencia, si se debía dejar sin efecto el dictamen pericial n.º 1252861 del 3 de febrero de 2016 proferido por la demandante y como resultado que no es la obligada en el reconocimiento y pago de la prestación de sobrevivientes. Por lo anterior, determinar si la demandada Colpensiones, debe reconocer el derecho pensional a la compañera del causante y devolver las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas.

Luego de reseñar las pruebas arrimadas al plenario y de su valoración conjunta, consideró que el accidente fatal sufrido por el señor Luis Eduardo Chalacan Oviedo es de origen común. Arribó a esta conclusión al tener en cuenta que, conforme a la investigación realizada por Construcciones e Ingeniería, para el día 8 de diciembre de 2015 la obra en la cual prestaba sus servicios el causante se encontraba suspendida conforme las actas suscritas con la Alcaldía del Municipio de Padrera, así mismo, se desprende del interrogatorio al representante legal del empleador, que según lo informado por el ingeniero residente para aquel día no tenía programación de trabajadores y que en los días

festivos no se trabajaba. Aunado a ello, la señora Elizabeth Arango Rodríguez en su versión rendida en el interrogatorio de parte confirmó que ese día su compañero no tenía que laborar, y que en todo caso no se sabe la razón por la cual se encontraba en esa zona.

Por lo anterior, dejó sin efecto el dictamen pericial n.º 1252861 del 3 de febrero de 2016 proferido por Positiva Compañía de Seguros SA, en el cual estableció que era laboral el origen del accidente en que falleció el señor Luis Eduardo, y por ende, no está obligada esa aseguradora al reconocimiento y pago de las prestaciones que se derivan del mismo.

En lo relacionado con la pensión de sobrevivientes, señaló que al haberse establecido que la contingencia fue de origen común, le corresponde al sistema general de seguridad social, esto es, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la cual se encontraba afiliado el causante al momento de su deceso; que la norma aplicable era la Ley 797 de 2003; que estaba acreditada la densidad de semanas y la edad de la compañera para tener derecho a la prestación vitalicia; que en punto de la convivencia exigida a la compañera, valoradas conjuntamente las pruebas allegadas al plenario, a pesar de las contradicciones se tiene por acreditado el requisito de convivencia mínimo de cinco (5) años; y que, en gracia de discusión, conforme a la sentencia CSJ SL1730-2020, en caso de que el causante sea un afiliado, el requisito de convivencia no resulta exigible.

## VI. RECURSO DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, presentó recurso de apelación contra la sentencia en lo relacionado con las condenas impuestas a esa administradora. Señaló que no es la llamada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora Elizabeth Arango Rodríguez; que reposan en el expediente administrativo declaraciones extra juicio que dan cuenta de la convivencia únicamente desde el mes de mayo de 2012 y hasta el fallecimiento del causante, el 8 de diciembre de 2015. Adicional a ello, la declaración rendida y allegada por la demandante a Colpensiones, tan solo da cuenta de la convivencia desde el año 2012, sin precisar mes y día.

Aduce, que no se tuvo en cuenta lo aportado en el expediente administrativo, así como la resolución expedida por esa administradora en la que

se negó la solicitud de la prestación; que debe tenerse en cuenta que no se llevó a cabo un recaudo probatorio del cual se desprenda una real convivencia de la señora Elizabeth Arango Rodríguez con el causante, como quiera que en el interrogatorio no se le indagó sobre la convivencia y, las contradicciones entre las versiones rendidas por la misma compañera y las demandadas.

En punto de la pensión de sobrevivientes que en principio reconoció Positiva Compañía de Seguros SA, señala que esa administradora no tuvo nada que ver y tampoco suministró información errada en ese trámite, en consecuencia la llamada a reconocer ese retroactivo a la demandante es la empresa Ingeniería y Construcciones del Valle ICV SAS quien suministró información errada a Positiva y la firma que realizó la investigación; que conforme a la investigación que realizó Colpensiones y que reposa en el expediente administrativo, solo se encuentra acreditada la convivencia de tres (3) años, y en todo caso se debe acreditar la convivencia mínima de cinco (5) años.

## **VII. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 31 de enero de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta a su favor; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (archivo 04, C002).

La parte demandada Colpensiones presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la contestación (archivo 05, C002).

## **VIII. CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66 A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar, en primera medida, si el origen de la muerte del afiliado Luis Eduardo Chacalan Oviedo, ocurrida el 8 de diciembre de 2015, fue común y no laboral como inicialmente se determinó, y en consecuencia, si quien debía asumir las prestaciones económicas derivadas del deceso era Colpensiones; en tal caso, si el afiliado fallecido dejó causada la prestación y si la señora Elizabeth Arango Rodríguez acredita los supuestos fácticos necesarios para ser

considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión de su muerte; finalmente, establecer si Colpensiones debe devolver a Positiva Compañía de Seguros las sumas pagadas en virtud del reconocimiento de la prestación, en los términos de la decisión de primer grado.

Se encuentra acreditado en este asunto que: **i)** Luis Eduardo Chacalan Oviedo falleció el 8 de diciembre de 2015 (pág. 43, archivo 01, C001); **ii)** cotizó un total de 133.43 semanas a Colpensiones, de las cuales se registran 68 en los últimos 3 años anteriores a la fecha de la muerte, conforme a la historia laboral expedida por Colpensiones (archivo GRP-SCH-HL-2016\_38674, exp. admivo., C001); **iii)** el día 14 de octubre de 2016, Elizabeth Arango Rodríguez reclamó la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante a Colpensiones (archivo GRF-AAT-RP-2016\_14431, C001), **iv)** el 1º de diciembre de 2016, la demandada le negó el reconocimiento de dicha prestación tras indicarle que no se encontraba acreditado el requisito mínimo de convivencia de cinco (5) anteriores al fallecimiento del causante (archivo GRF-AAT-RP-2016\_14431, exp. admivo. C001); **v)** la ARL Positiva calificó el evento como de origen laboral mediante dictamen del 3 de febrero de 2016, conforme al reporte del accidente e investigación remitida el 22 de diciembre de 2015 por el gerente de la empresa Ingeniería y Construcciones del Valle, para la que laboraba el afiliado, y mediante comunicación del 29 de julio de 2016, le reconoció a Elizabeth Arango Rodríguez, en calidad de compañera permanente del causante, la pensión de sobrevivientes de origen profesional, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (pag. 23 a 27, 61 a 63, 67 archivo 01, C001); **vi)** en comunicación dirigida y entregada a la ARL Positiva el 1ª de noviembre de 2018, se le informa por quien se indentifica como asesor jurídico de la empresa Ingeniería y Construcciones del Valle, que el señor Luis Eduardo Chalacan Oviendo desempeñaba sus labores coo ayudante de construcción no como vigilante, y el día del accidente no había sido convocado a trabajar pues era festivo, comunicación a la que se anexó, entre otros, declaraciones extrajuicio de compañeros de trabajo del afiliado fallecido y de Elizabeth Arango Rodríguez, en las que afirman que el día del infortunio era festivo y el causante no tenía que laborar en la obra, y ésta última en particular, que aquel le dijo que iba a realizar una diligencia personal (pag. 71 a 82, archivo 01, C001); **vii)** el 15 de mayo de 2019 la empresa remitió a Positiva Compañía de Seguros actas de suspensión del contrato (pag. 83 a 88, archivo 01, C001).

**Accidente de trabajo.** El artículo 3º de la Ley 1562 de 2012 define el accidente de trabajo así:

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 o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

Así mismo, prevé el art. 12 del Decreto 1295 de 1994, que *“Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”*, disposiciones frente a la cuales, advierte la Sala que en principio se dictaminó que el infortunio ocurrido el 8 de diciembre de 2015, en el que perdió la vida el afiliado Luis Eduardo Chacalan Oviedo, fue de origen profesional, por cuanto ocurrió en los alrededores de su lugar de trabajo, y según el reporte de accidente de trabajo, e investigación posterior remitida por el empleador, el trabajador fallecido se encontraba ese día prestando los servicios para los que fue contratado, ello pese a que en la investigación llevada a cabo por cuenta de la ARL se encontraron confusos los hechos, en particular lo referente a la labor que le había sido contratada como ayudante de obra y no como vigilante, según se informaba.

Empero, posteriormente la ARL fue informada de hechos y circunstancias que desconocía, en torno a la ocurrencia del accidente, que descartaban su origen laboral, por cuanto no se acompaña con ninguno de los supuestos previstos en el art. 3º de la Ley 1562 de 2012, que llevan con claridad a concluir que la muerte del señor Chacalan Oviedo no tuvo como causa ni directa ni indirecta su trabajo en la obra, no fue con ocasión del mismo, ni se encontraba ejecutando órdenes de su empleador. Se pudo establecer de las declaraciones extrajuicio allegadas, y de informes posteriormente remitidos por el empleador, que el causante no se encontraba laborando en ese día feriado, ni ninguno de los trabajadores de la obra lo estaban, y que se trató de un hecho de delincuencia común de la zona, en la que se encontraba por razones distintas a su actividad laboral.

Tales circunstancias fueron ratificadas en el proceso, en sus declaraciones por Álvaro Lázaro del Valle, representante legal de Ingeniería y Construcciones del Valle ICV SAS y Elizabeth Arango Rodríguez, beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de origen profesional reconocida, ambos demandados, en los interrogatorios de parte formulados por la demandante Positiva.

El primero indicó la obra en la que trabajó el afiliado se desarrollaba en el Municipio de Padrera Valle, y según la investigación que se realizó por la empresa, para el día 8 de diciembre de 2015, que era festivo, no se programó personal, y además la obra estaba suspendida desde el 23 de noviembre, por temas de inseguridad en el barrio “Planeta Amarillo”, donde se desarrollaba la obr. Preciso que en lo informado inicialmente a Positiva, no se había tenido en cuenta el reporte que realizó el Ingeniero residente, en cuanto a la programación de persona; que ni él ni el ingeniero residente se encontraban en la obra para ese primer reporte, pero se apoyó en lo que le dijeron; y que, una vez se realizó la investigación por parte de la empresa, los resultados fueron comunicados a Positiva.

Por su parte, Elizabeth Arango Rodríguez afirmó que el 8 de diciembre de 2015 Luis Eduardo salió de su casa sin informarle a qué lugar se dirigía; que ella ese día asistió al lugar donde falleció su compañero, cerca de su lugar de trabajo, sin embargo, no sabía por qué se encontraba él en ese lugar, pues ese día no debía ir a trabajar. Aceptó que inicialmente informó de manera errónea a Positiva y al empleador, que ese fatídico día Luis Eduardo (qepd) había ido a la obra y había resultado asesinado en la misma, bajo el desespero, el dolor, la angustia, pues el causante era quien aportaba los ingresos al hogar.

Conforme a lo expuesto, del análisis conjunto de las pruebas documentales, informes, y declaraciones extrajuicio allegadas, así como de los interrogatorios de parte practicados, conforme a las reglas de la sana crítica, concluye la Sala que le asiste razón al *a quo* al establecer que el accidente que tuvo como consecuencia el fallecimiento del señor Luis Eduardo Chacalan Oviedo, no podía catalogarse como de origen profesional, de acuerdo con las circunstancias en las que ocurrió, y consecuente con ello, en declarar que su origen fue común, y es por ello que se **confirmará** en ese aspecto la decisión.

Así pues, la prestación debe estudiarse bajo la normativa que rige el sistema general de pensiones por haber estado afiliado el causante a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para el momento del deceso, tal como se desprende de la historia laboral expedida por esa administradora (archivo GRP-SCH-HL-2016\_38674, C001).

**De la Pensión de sobrevivientes** - De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene decantado de manera pacífica y reiterada que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso del causante (8 de diciembre de 2015), esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 74 de la Ley 100 de 1993 (CSJ sentencias SL17521-2016, SL15873-2017, SL3348 - 2021, SL4958-2021, y SL2538 de 2021), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y se reputan beneficiarios de la prestación, en forma vitalicia, el cónyuge o compañero (a) permanente supérstite que a la fecha del deceso del causante tenga 30 o mas años de edad.

En este orden, se observa que Luis Eduardo Chacalan Oviedo dejó causada la pensión de sobrevivientes en calidad de afiliado al sistema, en tanto que acreditó el mínimo de semanas exigido para el efecto; así mismo, que para la fecha del deceso del causante, la señora Elizabeth Arango Rodríguez tenía 35 años de edad, dado que nació el 17 de junio de 1980 según la información contenida en la cédula de ciudadanía cuya copia obra en el archivo GEN-DDI-CI-2016\_14431 del expediente administrativo; de manera que le corresponde a La Sala determinar si acreditó la calidad de compañera permanente del causante, y si la convivencia entre ambos además de encontrarse vigente para el momento de la muerte de aquel, tenía una vocación de permanencia real y efectiva que se tradujera en la intención de conformar una familia, siendo indiferente el hecho de si la misma se mantuvo en los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante.

Lo anterior, conforme a criterio vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañero permanente, es exigible únicamente cuando el causante de la prestación es un pensionado, aserto al que llegó tras analizar lo dispuesto en el

literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en armonía con la exposición de motivos de la disposición y los fines de la pensión de sobrevivientes, para fijar así su verdadero alcance, el cual fue acogido de forma mayoritaria, en las sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL36266-2020, CSJ SL5270-2021, CSJ SL489-2021, CSJ SL1905-2021, y CSJ SL2222-2021.

En la sentencia CSJ SL5270-2021, nuestro máximo órgano de cierre reafirmó el referido criterio, apartándose de lo razonado por la Corte Constitucional en la CC SU-149-2021, al considerar que no incurría en una interpretación irrazonable ni desproporcionada del supuesto normativo analizado, ni atentatoria del principio de sostenibilidad financiera del sistema, y estimó que la intelección adecuada del citado precepto normativo en concordancia con los pronunciamientos efectuados en sede de constitucionalidad, especialmente en la sentencia CC C-194-2003, y los fines y principios del Sistema Pensional, permitía concluir que:

Para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, 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, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

[...]

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto. (CSJ SL5270 de 2021).

También, en las referidas providencias se aclaró que para la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no importaba la forma en se hubiese constituido el núcleo familiar, esto es, si fue por vínculos jurídicos o naturales, como quiera que el aludido núcleo es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior, de conformidad con el

concepto de familia y su protección sin discriminación adoptado por la Corte Constitucional en sentencia CC C-521-2007.

Como se anunció, a esas conclusiones arribó inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1730-2020; y en sentencia CC SU-149-2021, la Corte Constitucional dispuso dejar sin efectos dicha providencia; no obstante, la decisión de la CSJ fue la que sirvió de sustento al *a quo* para determinar que a la actora le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por no haber acreditado la convivencia al momento del deceso del causante.

Empero, la Sala acoge la postura mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la interpretación del precepto contenido en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por considerarla una interpretación adecuada, razonable, y que se acompasa con los fines de la pensión de sobrevivientes, esto es, la protección del núcleo familiar del asegurado o la asegurada que fallece; además por ser dicha corporación la llamada a unificar la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP.

Ahora bien, a efectos de determinar si el actor logró demostrar una convivencia efectiva, real y material con el afiliado fallecido, vigente al momento del deceso de éste, en virtud del nuevo criterio doctrinal expuesto, debe recordarse que nuestro máximo órgano de cierre ha entendido por convivencia una «[...] *comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245; CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605; CSJ SL1399-2018, y CSJ SL3785-2020 entre muchas otras).

Así, de la revisión del plenario se advierte el expediente administrativo aportado oportunamente por Colpensiones, allí reposa el informe técnico de investigación realizado por la empresa Cosinte RM de fecha 30 de noviembre de 2016 (archivo GEN-COM-CO-2016\_14015, expediente administrativo, C001), en el que se concluyó:

De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Luis Eduardo Chacalan y la señora Elizabeth Arango, convivieron por 3 años desde el año 2012 hasta el 8 de diciembre de 2015, fecha

que fallece el causante, no obstante no se acredita ya que no cumple con el tiempo establecido de convivencia: mínimo 5 años.

En la realización del anterior estudio, se tuvo en cuenta la entrevista realizada a la señora Elizabeth Arango, así como a los señores Antidio Floresmiro López y Deisy Daniela López, quienes en su calidad de testigos habían rendido declaración extrajuicio, las que fueron aportadas con la reclamación de la prestación ante esa administradora. En efecto, en el expediente administrativo, se encuentra la declaración extra juicio rendida por estos señores, que dan cuenta de la convivencia de la pareja desde el mes de mayo de 2012, y que ella (Elizabeth Arango) dependía económicamente del causante (archivo GRP-MCC-TE-2016\_12213...).

Luego, ante Positiva Compañía de Seguros se allegó declaración extra proceso rendida por la señora Elizabeth Arango Rodríguez, en donde afirma convivía en unión libre con el causante por espacio de más de 5 años.

De otra parte, junto con la contestación de la demanda, la señora Elizabeth Arango Rodríguez allegó declaración extra juicio de fecha 28 de agosto de 2018 por ella rendida (pág. 18, archivo 05, C001), la declaración vertida por Liliana Granados Granobles Wilches de fecha 19 de enero de 2016 (pág. 31-32, archivo 05, C001), declaración del Gustavo Alberto Quintero Londoño de fecha 19 de enero de 2016 (pág. 30, archivo 05, C001), también allegó copia de escritos elaborados por el causante y fotos familiares (pág. 20-27, archivo 05, C001).

En relación con las pruebas declarativas, en lo que importa al recurso la demandante al absolver el interrogatorio de parte, manifestó que convivía con el señor Luis Eduardo Chalacan Oviedo para el momento del deceso y que ella junto con sus hijos dependían económicamente del causante. Se precisa que si bien las declaraciones de los señores Liliana Granados Granobles Wilches y Gustavo Alberto Quintero Londoño refieren una anualidad diferente al 2012, lo cierto es que la totalidad de las declaraciones así como la investigación realizada por Colpensiones, coinciden en señalar que para el 8 de diciembre de 2015, cuando falleció el señor Luis Eduardo, la convivencia se encontraba vigente, en unión marital de hecho, esto es, conformando una familia.

De acuerdo con el material probatorio recaudado, concluye la Sala que no le asiste razón a la apoderada de Colpensiones, respecto de las inconformidades manifestadas en el recurso frente a la convivencia determinada por el juez de

primera instancia, pues de la valoración conjunta de las pruebas recaudadas, en particular del informe técnico realizado por Colpensiones, junto con lo existente en el expediente administrativo, se deriva que Luis Eduardo Chacalan Oviedo convivía con Elizabeth Arango Rodríguez para el momento de su fallecimiento y por lo menos desde el mes de mayo del año 2012.

Se enfatiza en que, en virtud del principio de libre formación del convencimiento establecido en el art. 61 del CPTSS el juez puede basar su decisión en aquellas pruebas que le ofrecen mayor credibilidad en desmedro de otras (CSJ SL1927 - 2021), siendo estas pruebas en el caso objeto de estudio, las documentales ya referidas.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS, atendiendo a las reglas de la sana crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que Elizabeth Arango Rodríguez, demostró de manera suficiente el requisito de convivencia exigido por la norma en los tiempos establecidos en la jurisprudencia que acoge esta sala de decisión, esto es, para el momento del fallecimiento del causante, conformando un núcleo familiar, pues todas las pruebas conducen a esa conclusión, ya que son concordantes y complementarias respecto a los supuestos de hecho materia de controversia. Por lo que se **confirmará** en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en lo relacionado con la devolución de las mesadas pagadas por la demandante Positiva Compañía de Seguros SA a la señora Elizabeth Arango Rodriguez en virtud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se tiene que fue allegado al plenario comunicación de fecha 29 de julio de 2016 mediante la cual se reconoció la prestación a partir de la fecha de su causación, esto es el 8 de diciembre de 2015, en cuantía del smmlv (pág. 67, archivo 001, C001), de igual manera se aportó certificación de fecha 31 de marzo de 2019, donde reposa el reporte de pagos realizados por Positiva hasta el mes de marzo de 2019, por un total de \$21.422.138 (pág. 68-69, archivo 001, C001).

A propósito de esta devolución, en lo que tiene que ver con el monto de la prestación se remite La Sala a lo previsto en el numeral 48 de la Ley 100 de 1993, atendiendo a la densidad de cotizaciones y como quiera que los aportes realizados por el causante lo fueron sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente

durante toda su vida laboral, será en su equivalente que se realice el reconocimiento prestacional a cargo del sistema general de pensiones.

Ciertamente, se tiene que el monto de la mesada reconocida por Positiva Compañía de Seguros SA es igual al que le corresponde reconocer a Colpensiones, esto es, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, por lo que se **confirmará** la decisión de primera instancia en ese sentido y en cuanto a que Colpensiones deberá pagar a título de devolución, las mesadas pensionales causadas y pagadas por la ARL Positiva a Elizabeth Arango Rodríguez, hasta que aquella asuma directamente el pago de la prestación, y en la forma en la que fue ordenado.

Respecto de la prescripción, se tiene que la prestación se causó el 8 de diciembre de 2015, fecha del deceso del señor Chalacan Oviedo (pág. 43, archivo 01, C001), el 14 de octubre de 2016 la señora Elizabeth Arango Rodríguez elevó reclamación en procura del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (archivo GRF-AAT-RP-2016\_14431, C001) y Positiva Compañía de Seguros SA acudió a presentar esta demanda el 18 de julio de 2019 (pág. 103, archivo 01, C001), transcurriendo el termino trienal entre la causación de la prestación y la presentación de la demanda, en los términos dispuestos en primera instancia, esto es, encontrándose prescritas a favor de Colpensiones las mesadas causadas con antelación al 18 de julio de 2016, respecto a las cuales no habría lugar a devolución.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

**TERCERO:** Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[11001310502020190052801](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/11001310502020190052801)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **f7c8ec350f1f3156cf251d3b020c0dc29e649b560c30758da2b1bf9495b01329**

Documento generado en 15/12/2022 03:07:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

## **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **023 2019 00812 01**  
**DEMANDANTE:** ANA DILMA VERGARA VERGARA  
**DEMANDADAS:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

### **I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 18 de noviembre de 2003 ante la AFP Santander, por cuanto fue inducida a error; en consecuencia, se le ordene a la AFP Protección SA trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses con la diferencia que pudiere llegar a existir entre los aportes realizados en el RAIS y los que se deben acreditar en el RPMPD; a su vez, que se ordene a Colpensiones aceptar su vinculación y computar como semanas efectivamente cotizadas los aportes trasladados (págs. 3, 4 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 5 de abril de 1959; se afilió inicialmente al extinto ISS y el 18 de noviembre de 2003 se trasladó a la AFP Santander SA, la cual fue adquirida por ING Pensiones y luego por Protección SA, sin que hubiera recibido información clara acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, solo que el ISS se acabaría y que podía pensionarse antes del tiempo reglamentario con un mayor valor al que se le reconocería por parte del RPMPD; el 22 de octubre de 2019 solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación por vicios en el consentimiento y la aceptación de las cotizaciones pensionales provenientes del RAIS, lo cual fue negado por Protección SA, sin que a la fecha de la presentación de la demanda, Colpensiones hubiere dado respuesta (págs. 4, 5 *ídem*).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 26 de febrero de 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (págs. 93, 94 *ídem*), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia del derecho reclamado y presunción de legalidad de los actos administrativos (arch. 3 *ídem*).

Protección SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima de seguro previsional porque afecta derechos de terceros de buena fe, (arch. 4 *ídem*)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (págs. 95, 96 arch. 1 *ídem*).

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

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS; en consecuencia, condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración en forma indexada; declaró que la demandante se encuentra afiliada al RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Protección SA.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS; señaló que a pesar de que se allegó el formulario de afiliación suscrito por la demandante, dicha documental no era prueba de la información que debió ser suministrada al momento del traslado, ya que se trataba de un formato preimpreso (archs. 13, 14 C01).

### **IV.RECURSOS DE APELACIÓN**

Protección SA, señaló que no es posible ordenar devolver los gastos de administración y seguros previsionales, dado que se trata de descuentos autorizados por la ley que aplican tanto en el RAIS como en el RPMPD y las comisiones no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la demandante, aunado a que constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y un perjuicio para la entidad, sin tener en cuenta las compensaciones mutuas ni que la AFP administró de manera diligente los recursos de la demandante.

Colpensiones argumentó que la demandante firmó el formulario de afiliación al RAIS, dando así autorización para ser trasladada, por ende, sí tuvo conocimiento de los dos regímenes pensionales, tanto es así que tuvo una permanencia en el tiempo frente al RAIS y nunca se interesó por averiguar las ventajas y desventajas que tenía en el fondo privado e informarse adecuadamente, faltando a sus deberes como usuaria y consumidora del RAIS, sin que sea excusa el desconocimiento de las normas.

## **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

Colpensiones presentó alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y su recurso (arch. 05 C02). Las demás partes guardaron silencio.

## **VI. ACLARACIÓN PREVIA**

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos

efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

## VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de abril de 1959 (pág. 91, arch. 1, pág. 54 arch. 3 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 21 de febrero de 1992 y el 31 de diciembre de 2003 un total de 607.43 semanas (págs. 95-101 archs. 3); **iii)** el 19 de noviembre de 2003 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Pensiones y Cesantías Santander, con fecha de efectividad desde el 1º de enero de 2004 (pág. 12 arch. 1, págs. 18, 19, 75 arch. 4 C01), AFP que hoy fue fusionada con Protección SA, administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1549.14 a 17 de agosto de 2021, conforme las historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (págs. 13-27 arch. 1 - págs. 20-62 arch. 4 *idem*).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

*«Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

*Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*

*En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.»*

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

*«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».»*

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

*«(...) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*

*Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*

*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.*

*(...) 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.»*

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Pensiones y Cesantías Santander SA**, el 19 de noviembre de 2003, AFP que fue acogida por ING que, a su vez, fue fusionada por absorción por Protección SA, entidad a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.º 7037089 (pág. 18 arch. C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada sentencia SL1688-2019, expuso:

*«(...) 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 y 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.»*

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1501-2022, precisó:

*«El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.*

*Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.*

*Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.»*

Y en la sentencia SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

*«De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.»*

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL2877-2020, SL1942-2021, SL1949-2021 y SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

*«Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.»*

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 19 de noviembre de 2003 con su afiliación a la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección SA, efectiva desde el 1.º de enero de 2004 (pág. 12 arch. 1, págs. 18, 19, 75 arch. 4 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado 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»<sup>1</sup>, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que

---

<sup>1</sup> CSJ SL1688-2019.

son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionar** el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Protección SA, la devolución, además, de bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y a efectuar la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Sin costas en la alzada.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

**CUARTO:** Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**  
Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Magistrado

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EurTWaUCO81Jvg\\_cKAksaGwB3dGWTzuycdGWZjsdyZ3ckw?e=5KqJPI](https://my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurTWaUCO81Jvg_cKAksaGwB3dGWTzuycdGWZjsdyZ3ckw?e=5KqJPI)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **4b2861b3ec3da466813c6bb563829c4526fcb573f97327798c1cb6dce25112dc**

Documento generado en 15/12/2022 03:07:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada Ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**  
**RADICACIÓN:** 11001 31 05 **036 2015 00123 01**  
**DEMANDANTE:** ROSA CECILIA SÁNCHEZ  
**DEMANDADO:** ALEJANDRO PRIETO RUIZ a través de su herederos determinados e indeterminados, SUPERMERCADOS LOS BÚCAROS SAS y de sus socios BORIS HERNANDO PRIETO PORRAS, HELBER RICARDO PRIETO PORRAS, FREDDY ALEJANDRO PRIETO PORRAS, HELMUT ADOLFO PRIETO PORRAS, KATHERINE PRIETO PORRAS, OLIVIA PRIETO LÓPEZ, MARÍA ALEJANDRA PRIETO LÓPEZ, MICHAEL IVÁN PRIETO TRUJILLO, CINDY VANESSA PRIETO TRUJILLO Y HUBERT ALFONSO PRIETO TORRES

Bogotá DC, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

**I. ANTECEDENTES**

Pretende la demandante que se declare que existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 19 de febrero de 1982, en el que se verificó la sustitución patronal el 3 de septiembre de 2012 y 1º de marzo de 2013, del empleador Alejandro Prieto Ruiz a sus herederos en primera medida y de estos a Supermercados los Búcaros SAS, la cual estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2013, habiendo terminado de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia, que se condene a los demandados al pago de las cesantías retroactivas, los intereses a las cesantías, el trabajo en tiempo

suplementario, las dotaciones de calzado y vestido de labor, la indemnización por despido, la indemnización moratoria, las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, la indexación y los intereses moratorios

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante relató que el 19 de febrero de 1982, fue contratada por Alejandro Prieto Ruiz, para que le prestara sus servicios en algunos establecimientos de comercio de su propiedad, por lo que laboró en Supermercado las Ferias Uno, Depósito Mayorista las Ferias, Depósito Mayorista Santamaría del Lago, Supermercado La Floria Uno y Supermercado Santa Rosita Uno, ubicados en Bogotá; que su empleador falleció el 3 de septiembre de 2012, por lo que continuó bajo las órdenes de sus sucesores Boris Hernando Prieto Porras, Helber Ricardo Prieto Porras, Freddy Alejandro Prieto Porras, Marlon Arturo Prieto Porras, Helmut Adolfo Prieto Porras, Katherine Prieto Porras, Olivia Prieto López, María Alejandra Prieto López, Kelly Johanna Prieto López (representada por María Luisa López Vargas), Nadia Elizabeth Prieto Trujillo, Michael Iván Prieto Trujillo, Cindy Vanessa Prieto Trujillo, Douglas Alberto Prieto Sierra, Hubert Alfonso Prieto Torres y Cristian Ramsés Prieto Quintero.

Agregó que el 2 de octubre de 2012, por documento privado se constituyó la sociedad Supermercados Los Búcaros SAS, la cual fue registrada el 3 de octubre de 2012, en la Cámara de Comercio de Bogotá, y matriculó como de su propiedad los establecimientos de comercio antes referidos; que a mediados de febrero de 2013, el representante legal de la sociedad y Cristian Ramsés Prieto Quintero, le exigieron suscribir un nuevo contrato a término fijo inferior a un año, con vigencia inicial de 3 meses, el cual se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2013, cuando la pasiva tomó la decisión de cambiar el contrato; que el 17 de octubre de 2013, el director de recursos humanos de la empresa, le informó que el vínculo se daría por terminado desde el 30 de noviembre de 2013; que en vigencia de la relación laboral se desempeñó como cajera, secretaria y administradora de bodega; que solo hasta el 11 de abril de 2013, la empleadora la afilió al sistema de seguridad social en salud y en pensiones, y a la caja de compensación y al fondo de cesantías; que debía laborar de lunes a sábado, de 7:30 am a 12:00 pm y de 2:00 pm a 7:30 pm; que el 5 de diciembre de 2013, la sociedad llamada a juicio le entregó la liquidación final de prestaciones reconociéndole la suma de \$1.800.905, por cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones, teniendo

en cuenta el tiempo laborado del 1º de marzo al 30 de noviembre de 2013; y, que no han podido acceder a la pensión de vejez por no contar con las cotizaciones mínimas requeridas (Págs. 74 a 90, arch. 1).

## II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 23 de octubre de 2015, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (Págs. 144 a 145, arch. 1).

**María Alejandra Prieto López, Olivia Prieto López y Kelly Johanna Prieto López** en calidad de herederas de Alejandro Prieto Ruiz, dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se probaron los elementos del contrato de trabajo. En su defensa, formularon las excepciones perentorias de inexistencia de contrato o relación laboral durante todo el tiempo estimado por el demandante y ausencia de medios de prueba (Págs. 250 a 255, arch. 1).

**Douglas Alberto Prieto Sierra, Marlon Arturo Prieto Porras y Nadia Elizabeth Prieto Trujillo** en calidad de herederos de Alejandro Prieto Ruiz, dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la supuesta relación de trabajo que existió entre la activa y el causante del 19 de febrero de 1982 hasta el 3 de septiembre 2012, fue estrictamente sentimental. Y que desde el 4 de septiembre de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013, no quiso vincularse a la sociedad creada por los herederos por entender que al firmar un contrato debía cumplir con todas las obligaciones y condiciones del mismo, por lo que únicamente aceptó suscribirlo en marzo de 2013, de ahí que solo desde ese momento sostuvo relación laboral con Supermercados los Búcaros SAS. Como excepciones de fondo, propusieron las de falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Supermercados Los Búcaros SAS, prescripción de la acción laboral de las prestaciones reclamadas desde el 19 de febrero de 1982 al 3 de septiembre de 2012, inexistencia de contrato de trabajo y/o relación laboral de la demandante desde el día 19 de febrero de 1982 hasta el 28 de febrero de 2013, mala fe de la accionante y cobro de lo no debido e inexistencia de sustitución patronal (Págs. 274 a 288, arch. 1).

**Boris Hernando Prieto Porras, Helber Ricardo Prieto Porras, Freddy Alejandro Prieto Porras, Helmut Adolfo Prieto Porras, Katherine Prieto**

**Porras, Olivia Prieto López, María Alejandra Prieto López, Michael Iván Prieto Trujillo, Cindy Vanessa Prieto Trujillo, Hubert Alfonso Prieto Torres, Heather Natalia Prieto Obando, Supermercados Los Búcaros SAS y los herederos indeterminados de Alejandro Prieto Ruíz** dieron respuesta por medio de Curador Ad Litem quien se opuso a las pretensiones y propuso como excepción de mérito la de prescripción (Págs. 380 a 384, arch. 1).

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 9 de septiembre de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la demandante y la sociedad Supermercados los Búcaros SAS entre el 1º de marzo y el 30 de noviembre de 2013, y absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra (arch. 2).

En lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado señaló que únicamente se tornaba viable declarar que la demandante había trabajado al servicio de la sociedad Supermercados los Búcaros SAS, en los extremos antes indicados, debido a que las documentales aportadas solo daban cuenta de tal situación y porque aunque cada uno de los testigos refirió que le constaba que la gestora prestó sus servicios para Alejandro Prieto Ruiz en distintos períodos, particularmente en los que cada uno fue su compañero de trabajo, esto es, de 1985 a 1992 y de 1998 al año 2000, lo cierto es que con sus afirmaciones no era dable establecer con certeza la continuidad del vínculo con la persona natural fallecida y luego con sus herederos, máxime cuando se probó que la gestora tuvo la calidad de comerciante del año 2000 al 2010, por lo cual, únicamente podía tenerse en cuenta la última relación de trabajo probada, en los términos explicados por la Corte Suprema de Justicia, al haberse cimentado las pretensiones de la demanda en la existencia de un solo y único contrato de trabajo.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte **demandante**, como fundamento de la alzada manifestó que en este caso se logró demostrar que la promotora del proceso prestó sus servicios en los términos y extremos indicados en la demanda, pues los testigos Ana Elsa Moreno Hernández, Ana Rodríguez de Hernández, Blanca Cecilia Cruz Sánchez, José Clodomiro y Fernando Ezequiel

Landázuri, que fueron sus compañeros de trabajo y que vieron que el señor Prieto Ruíz, era quien impartía las órdenes, ejercía la subordinación y remuneraba los servicios. Pues particularmente, Blanca Cecilia Cruz indicó que trabajó con la activa en el año 1986, Ana Elsa Moreno dijo que lo hizo desde 1985 a 1990 y de 1982 al 2002 (sic), lo cual sirve para probar que se laboró al menos durante ese período, de manera continua, subordinada y dependiente. Agregó que aunque la gestora del 2002 al 2012, tuvo a su nombre un establecimiento de comercio llamado Chicamocha, lo cierto es que este fue dado para su administración por el señor Alejandro Prieto Ruiz, habiendo retornado el mismo, al patrimonio de la referida persona natural en el año 2012, por presuntamente haber tenido deudas e inconvenientes económicos, tal como se indicó en el escrito de contradicción, lo que demuestra que era el demandado quien tenía la administración y la coordinación del establecimiento de comercio y que la gestora era su trabajadora.

Sumado a lo anterior, expuso que de acuerdo con lo afirmado por la gestora, luego del fallecimiento de Alejandro Prieto Ruiz ella continuó prestando sus servicios para los herederos, pues aquella sostuvo que estos fueron los que reclamaron y recibieron las ganancias generadas por los establecimientos de comercio, y luego de ello, se verificó el vínculo por medio de la sociedad llamada a juicio. Con esto, señaló que estaba probada la sustitución de empleador y los extremos aducidos, máxime cuando los hijos de Alejandro Prieto Ruiz admitieron haberla visto acompañando a su papá en los negocios y en el almacén. Finalmente señaló que también se había probado el cumplimiento de una jornada de 7 am a 7 pm y que los establecimientos de comercio pasaron de ser de propiedad de Alejandro Prieto Ruiz, a la de sus herederos y después de la sociedad codemandada. En consecuencia, solicitó que se revoque el fallo apelado y se concedan todas las pretensiones de la demanda.

## **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 3, C002).

La demandante y los demandados Duglas Alberto Prieto Sierra, Marlon Arturo Prieto Porras y Nadia Elizabeth Prieto Trujillo, prestaron alegaciones reiterando respectivamente los argumentos expuesto en el recurso y en el escrito de contradicción (arch. 4, C002).

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 19 de febrero de 1982 y el 30 de noviembre de 2013.

Para empezar, es preciso recordar que para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el 2° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, CSJ SL1420-2018, CSJ SL1081-2021, y CSJ SL781-2022).

En ese orden, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 6258. jul. 1994, reiterada en la decisión CSJ SL3345-2021, definió la subordinación como *«la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»*, lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, y establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

De ese modo, estima la Sala indicar desde ahora, que se considera acertado el análisis probatorio efectuado en la sentencia apelada, así como la aplicación que se hizo en la misma del criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para asuntos como el presente, en el que no se logra acreditar la unidad de la relación laboral de la que se pretende su declaratoria.

Lo anterior, porque con las documentales arrojadas en el expediente únicamente se logra establecer que la demandante suscribió contrato de trabajo a término fijo por tres meses con la sociedad Supermercados Los Búcaros SAS, cuya vigencia inicial se acordó del 1° de marzo al 31 de mayo de 2013 (págs. 104 a 105, arch. 1); que la demandante devengaba mensualmente la suma de \$1.000.000,00 por concepto de salario (págs. 133 a 109, arch. 1); que la sociedad empleadora el 17 de octubre de 2013, preavisó a la trabajadora la decisión de dar por terminado el vínculo laboral a partir del 30 de noviembre de ese año (pág. 137, arch. 1); que la pasiva le pagó a la gestora la liquidación final del contrato incluyendo las prestaciones sociales y vacaciones causadas del 1° de marzo al 30 de noviembre de 2013 (pág. 138, arch. 1); que la actora estuvo inscrita en el registro mercantil desde el 30 de septiembre del año 2000 hasta el 24 de marzo de 2010, encontrándose dentro de su actividad económica el comercio al por menor, en establecimiento no especializados, con surtido compuesto principalmente de alimentos (víveres en general), bebidas y tabaco (págs. 293 a 294 y 296, arch. 1); y que, el establecimiento de comercio denominado el Chicamocha estuvo matriculado a su nombre en el registro mercantil del 30 de septiembre del año 2000 al 8 de febrero de 2010 (págs. 291 a 292, arch. 1).

A su vez, en lo que concierne a las declaraciones recaudadas, se advierte que en el interrogatorio de parte la demandante admitió que el establecimiento de comercio llamado el Chicamocha figuró como de su propiedad desde el 2000 hasta el 2010, y que en ese tiempo ella lo administró, sobre lo que precisó que todo ello se debió a las órdenes impartidas por Alejandro Prieto Ruíz, quien era el verdadero dueño de dicho bien, no obstante, la última afirmación no logró ser demostrada con los demás medios de convicción, por lo que no es posible imprimirle valor probatorio, pues se recuerda que de acuerdo con lo previsto en el art. 191 del CPG, la prueba de confesión requiere que la misma verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. De manera que teniendo en

cuenta la documental arrimada y los hechos aceptados por la promotora del proceso en el interrogatorio de parte, es posible colegir, tal como lo hizo la juez de primera instancia, que en el referido interregno no prestó sus servicios en favor de la persona natural demandada, ya que se encontraba a cargo de la administración de su propio negocio.

Finalmente, de la versión de los testigos se tiene, que Ana Ascensión Rodríguez de Hernández, quien conoce a la demandante hace 32 años, porque trabajó en 1987 en el establecimiento Los Búcaros donde ella mercaba y fue su arrendataria por 12 años desde 1988, señaló que desconocía que labores cumplía la misma en dicho sitio y el horario de trabajo, que luego de que se fue de su casa no volvió a mercar allí y que sabe que la gestora después trabajó en el mismo mercado pero en el barrio la Florida, pero no precisó nada más al respecto.

Por su lado, Ana Elsa Moreno Hernández expuso que conoció a la demandante en 1982, porque llegó a vivir a la casa de su progenitor en el barrio Laurel con sus hermanas y unas amigas, donde habitó cerca de 6 años. Afirmó que la actora trabajaba en Los Búcaros, y que ello le constaba porque ella prestó sus servicios surtiendo y de cajera en el mismo lugar desde 1985 hasta 1990 y después desde 1998 hasta el año 2000, en el manejo y dirección de personal; así mismo, que la gestora se encargaba de recoger el dinero de la caja, hacer el arqueo y pagar la nómina y que quien le daba las órdenes era Alejandro Prieto. Finalmente, señaló que la demandante prestó sus servicios en dicho almacén hasta el año 2012 o 2013, debido a que el dueño falleció. Luego de ello, expuso que el año de desvinculación le constaba porque ella siempre hizo mercado en los Búcaros y de vez en cuando hablaban, no obstante, luego dijo que la gestora permanecía en distintos puntos del mismo establecimiento, pero en los barrios la Florida y Santa Rosita, pero que no recordaba la época y afirmó que la gestora nunca tuvo un supermercado de su propiedad.

Respecto a Blanca Cecilia Cruz Suárez, se advierte que conoce a la activa desde hace 31 años, porque trabajó como cajera en los Búcaros de las Ferias de 1986 a 1989, donde Rosa Cecilia se desempeñaba como secretaria y se encargaba de hacer los pedidos, los pagos de la nómina y de la bodega. Dijo que la convocante, trabajó en el mismo lugar hasta un año después del fallecimiento de Alejandro Prieto quien era el que daba las órdenes, situación

de la que se enteró, porque mercaba allí, sin embargo, más adelante señaló que sabía que la habían trasladado a la sede de la Florida y a la de Santa Rosita, pues una vez la vio estando de pie en la entrada de la primera, y que con certeza ella podía hablar del tiempo laborado hasta 1989.

José Clodomiro Benavides, por su parte, afirmó que conoció a la aacionante en 1986, porque laboró con ella en los Búcaros durante un año, en que él se desempeñó en la parte de bodega y ella como secretaria bajo el mando de Alejandro Prieto, y precisó que después de esa época no regresó a dicho establecimiento. Finalmente, Fernando Landázuri, quien es cuñado de la demandante, dijo que también prestó sus servicios en los Búcaros junto con ella desde 1985 a 1992, y que después no volvió a ir, por lo que sabe sobre la duración del vínculo alegado en la demanda, es por los comentarios que le hizo la gestora al respecto.

Con base en lo anterior, resulta probado que la activa prestó sus servicios para Alejandro Prieto Ruiz desde 1985 hasta 2000 y para la sociedad llamada a juicio del 1° de marzo al 30 de noviembre de 2013, pues sobre tales aspectos resultan concordantes y diáfanos los elementos de convicción arrojados, no obstante, no es posible afirmar que en medio de dichos interregnos se haya verificado la prestación personal del servicio en favor de la pasiva, pues aunque las deponentes Ana Elsa Moreno Hernández y Blanca Cecilia Cruz Suárez, sostuvieron que vieron a la promotora del proceso laborar hasta el 2012 o 2013 en los Búcaros, de manera continua, debido a que mercaban allí, lo cierto es que sus afirmaciones no son concretas ni precisas sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los supuestos que refieren, y además, resultan contradictorias con lo admitido en el interrogatorio de parte practicado a la gestora, pues aquella afirmó que desde el 2000 hasta el 2010 estuvo administrando el establecimiento que se registró como de su propiedad bajo el nombre El Chicamocha, sin que se haya esclarecido ni determinado en el debate probatorio, que el mismo correspondía a los sitios en los que supuestamente las deponentes la vieron trabajar.

Por lo que cabe precisar, que a pesar de que en el escrito de contradicción presentado por Douglas Alberto Prieto Sierra, Marlon Arturo Prieto Porrás y Nadia Elizabeth Prieto Trujillo en calidad de herederos de Alejandro Prieto Ruiz, aquellos adujeron que vieron en pocas ocasiones a la demandante en los establecimientos de propiedad de su padre

acompañándolo y que ante la quiebra del negocio del que la gestora era la dueña el causante le compró la mercancía que tenía, a cambio de cancelarle las deudas, lo cierto es que de tales manifestaciones en modo alguno se desprende la admisión del hecho relativo a la prestación personal de los servicios aducida en la demanda, máxime cuando sobre el primer aspecto no se refieren calendas específicas.

Así las cosas, aunque se probó el servicio prestado en los extremos referidos, atendiendo a que en el escrito introductorio se pretendió la declaratoria de una única relación laboral, solo era dable declarar la última relación de trabajo que existió entre las partes según las pruebas analizadas, tal como se ha explicado por el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, entre otras, en las sentencias CSJ SL26707, 2 mar. 2006, CSJ SL27371, 19 oct. 2006, CSJ SL691-2013 y CSJ SL1166-2018 y atendiendo a que esta Corporación carece de las facultades ultra y extra petita previstas en el art. 50 del CPTSS.

En consecuencia, se **confirmará** en su integridad la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

**TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada ponente



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**  
Magistrada



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Magistrado

(\*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EsuOVofAgJLiAUnhkIsVggBFTolmcjbEZ2LzdT9UOcLZQ?e=e6BG3Z](https://my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsuOVofAgJLiAUnhkIsVggBFTolmcjbEZ2LzdT9UOcLZQ?e=e6BG3Z)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: 22616af24edc71098018c7c528f514c95a7d9a58c66637dd6efdca65ffe10f8d

Documento generado en 15/12/2022 03:07:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>