

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de **SERVIOLA S.A.S. y CAFESALUD E.P.S.** contra la sentencia proferida el 04 de mayo de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **SERVIOLA S.A.S.** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende **el pago de 27 licencias de maternidad** expedidas a sus trabajadoras junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Durante la vigencia del contrato de trabajo, 27 trabajadoras afiliadas a la E.P.S. CAFESALUD, presentaron licencias de maternidad; **2)** Pagó las correspondientes licencias de maternidad; **3)** Solicitó el pago de las prestaciones económicas a la entidad promotora de salud de sus trabajadores, no obstante, la demandada se ha negado a efectuar su reconocimiento; **4)** El 10 de febrero, 09 de marzo, 20 de junio, y 13 de julio de 2017 radicó cuentas de cobro, sin que se diera respuesta alguna por parte de la demandada; **5)** El 19 de julio de 2017, la Superintendencia de Salud expidió la Resolución 1426 de 2017 por medio de la que aprobó el plan de reorganización institucional de CAFESALUD E.P.S.; y **6)** El 26 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A, decretó como medida cautelar que MEDIMÁS E.P.S. efectuara el pago las prestaciones reconocidas por CAFESALUD E.P.S. sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 49), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó licencias de maternidad y paternidad aprobadas para su pago, licencias de maternidad que no se encuentran registradas en el sistema, y la genérica.

Indicó que 16 de las prestaciones económicas ya fueron liquidadas y aprobadas para su pago, por lo que, una vez se descongele la cuenta maestra se procederá a su pago; y que 11 licencias no están registradas en su sistema.

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 49), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito la que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 62 a 70), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de mayo de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ABSOLVER** a MEDIMAS E.P.S. de las pretensiones de la demanda interpuesta por SERVIOLA S.A.S.

TERCERO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda presentada por SERVIOLA S.A.S. en contra de CAFESALUD S.A.S.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar la suma de \$8'560.493, con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor de SERVIOLA S.A.S. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que la medida cautelar de urgencia que decretó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 01 de agosto de 2017 fue levantada mediante sentencia del 10 de abril de 2019, por lo que, le corresponde a CAFESALUD E.P.S. responder por las obligaciones causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017; que se encuentra acreditado que se pagaron las licencias de maternidad identificadas con los siguientes radicados, 596667, 594485, 601822, 586780, 591908, 592678, 514465, 579921, y 593959; que se pagaron parcialmente siete licencias de maternidad, por lo que sobre estas únicamente resulta procedente el pago de diferencias; que cuatro licencias no cuentan con el reconocimiento de la E.P.S., por lo que resulta procedente su pago; y que no se imponen intereses moratorios, como quiera que no se cuenta con el soporte de la respuesta negativa por parte de las demandadas.

IV. APELACIÓN.

SERVIOLA S.A.S. (fls. 76 a 79).

Expresó que se liquidaron las licencias de maternidad 405784, 30854244, 1087552057, 1100962352, y 1102856650, toda vez que no se tuvo en cuenta que no se podía liquidar sobre una suma inferior al salario mínimo; que en el plenario deben reposar los comprobantes de nómina de las licencias de maternidad 357415, 4407735, 517380, 5723668, 470804, 5276642, 272127, y 6082054; y que no hubo pronunciamiento frente a la licencia de maternidad 2227184.

Manifestó que de los documentos allegados a la demanda, se puede establecer claramente la solicitud de cobro efectuada a la E.P.S., las que se realizaron a través de la página web de CAFESALUD E.P.S.; que los plazos para reconocer las prestaciones económicas son perentorios y de obligatorio cumplimiento; que una vez demostrada la existencia de un trato

irrazonable e incompatible con la Constitución, el juez está facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que este en mejores condiciones de demostrar los eventos alegados; que por lo anterior, es jurídicamente procedente el pago de intereses de mora.

Finalmente, adujo en lo que refiere a las costas, que la Superintendencia de Salud omitió efectuar pronunciamiento sobre las mismas, las que deben ser impuestas a favor de quien sale vencedor en el litigio, lo que amerita que se establezcan las agencias en derecho como un parte representativa del pago de honorarios al profesional que se contrató para ejercer vocería; y que no se evaluó detenidamente, la naturaleza de la gestión, la calidad de la gestión, la duración de la gestión realizada, y la cuantía del proceso.

CAFÉSALUD E.P.S. (fls.60 a 67).

Adujo que las licencias de maternidad de Aidee Martínez Ruíz, Luz Marina Julio Sierra, y Yainy Pascuala Gómez López fueron reconocidas y liquidadas mediante cinco facturas que se aportan al plenario; que las licencias de maternidad de Leidy Graciela Mesa Hincapié y Eliana María Arias no están transcritas, por lo que, no existe un soporte para efectuar su pago.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si están debidamente liquidadas las licencias de maternidad 405784, 30854244, 1087552057, 1100962352, y 1102856650; si hay lugar al reconocimiento de las licencias de maternidad 357415, 4407735, 517380, 5723668, 470804, 5276642, 272127, 6082054, y 2227184; si el reconocimiento por concepto de las licencias de maternidad de Aidee Martínez Ruíz, Luz Marina Julio Sierra, y Yainy Pascuala Gómez López se acreditaron en juicio; si se encuentra un soporte para efectuar el reconocimiento de las licencias de maternidad de Leidy Graciela Mesa Hincapié y Eliana María Arias; si es dable la condena por concepto de intereses moratorios; y si se debe reconocer costas a favor de la parte vencedora en juicio.

DEL PAGO DE LAS LICENCIAS DE MATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que la trabajadora esté gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

En igual sentido, una trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas, contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe ausentarse de su trabajo; a la madre se le deberá pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, según las voces del artículo 236 del C.S.T.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago del auxilio por licencia de maternidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, el cual contempla:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las licencias de maternidad de sus trabajadoras.

Por otra parte, en lo relacionado con la **licencia de maternidad**, la H. Corte Constitucional en las sentencias T-049 de 2011, T- 503 de 2016 y T-529 de 2019, explicó que cuando se niega con el argumento de que no se cumplió con el período mínimo de cotización en el periodo de gestación, la E.P.S. viola el derecho fundamental a la salud, la vida de la mujer y del recién nacido, puesto que tal exigencia no debe tenerse como argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, en tanto que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de **manera total o proporcional**.

De esta manera, la H. Corte Constitucional ha expuesto dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones*

establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad". Por su parte, la segunda hipótesis señala que: *"cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó".* En la sentencia T-174 de 2008 se aclaró que los dos meses correspondían a 10 semanas.

Finalmente, el numeral 1° del artículo 236 del C.S.T. previo a la modificación de la Ley 1822 de 2017, establecía que el pago por concepto de licencia de maternidad se remunera con el salario que devenga la trabajadora al momento de entrar a disfrutar el descanso, por lo que en tales condiciones no es dable entender que la remuneración y, por ende, la licencia de maternidad, pueda estar por debajo del salario mínimo legal.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Durante la vigencia del contrato de trabajo de 27 trabajadoras con SERVIOLA S.A.S., éstos incurrieron en licencias de maternidad, que se pormenorizaran más adelante, de las que no se ha logrado su pago (medio óptico de folio 38).
- ii) El 05 de julio de 2017, CAFESALUD E.P.S. solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de CAFESALUD E.P.S. a MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 39).
- iii) El 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que MEDIMÁS E.P.S. prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de prestaciones sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

- iv) Mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar CAFESALUD E.P.S., por el término de dos años.

Sentado lo anterior, encontramos que SERVIOLA S.A.S. solicita el pago de las siguientes licencias de maternidad:

No	TRABAJADOR	C.C.	RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE LICENCIA	FECHA SOLICITUD
1	AIDEE MARTÍNEZ RUIZ	29118682	4057848	8/11/2016	98	09/03/2017
2	LUZ MARINA JULIO SIERRA	30854244	30854244	19/02/2017	126	06/06/2017
3	SANDRA SOFIA GUTIÉRREZ PESTANA	33377221	5270718	16/03/2017	126	-
4	ALEXA CONSTANZA MAHECHA HOYOS	36306718	357415	27/01/2016	98	09/03/2017
5	DIANA CAROLINA VILLANUEVA RAMÍREZ	52978871	4407735	24/12/2013	98	-
6	YESICA ANDREA PÉREZ SEPULVEDA	1001359801	1003460	29/04/2017	126	06/06/2017
7	KATHERINE LÓPEZ GARCÍA	1014186662	2227184	13/10/2013	121	-
8	LAURA TATIANA BARRERA BECERRA	1015451677	517380	23/08/2014	133	-
9	ANGELICA NATHALY ROZO FRANCO	1023861016	5723668	21/03/2016	98	-
10	LIZETH PAOLA PEDRAZA GÓMEZ	1031132731	5489066	25/05/2017	126	11/07/2017
11	JENNIFER PAOLA VARGAS PINZÓN	1031158423	6070806	04/12/2016	98	-
12	GERALDINE DEL CARMÉN ARRIETA CASTAÑEDA	1052986511	470804	28/10/2016	98	-
13	CLAUDIA ALEJANDRA SÁNCHEZ CASTELLANOS	1056802280	25320159	10/09/2016	98	-
14	LUCERO GORDILLO ARIAS	1058912847	63099	25/03/2017	126	06/06/2017
15	MARÍA YURLEY VELASCO	1062293965	204010	13/03/2017	126	-
16	MAYERLY SÁENZ CHALA	1075287078	3057708	07/01/2016	98	09/03/2017
17	LEIDY YOHANNA CIFUENTES CERQUERA	1075299027	5276642		126	06/06/2017
18	LEIDY GRACIELA MESA HINCAPIÉ	1087552057	9999	03/06/2017	126	-
19	ERIKA LINARES SEPÚLVEDA	1094944306	272127	20/11/2015	98	-

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

20	ANNY LICSET ZABALA ATENCIO	1096208037	370213	15/10/2016	98	-
21	LIZZETH CAROLINA REY	1098677366	6082054	16/12/2016	98	06/06/2017
22	LEIDY YURLEY GUTIÉRREZ DURÁN	1098720649	6113907	26/01/2017	154	09/03/2017
23	ELIANA MARÍA ARIAS HERNÁNDEZ	1100962352	7078	11/10/2016	98	-
24	YAINY PASCUALA GÓMEZ LÓPEZ	1102856650	5506333	09/06/2017	126	11/07/2017
25	JENIFER MARLENY MONTAÑO TAPIERO	110486131	505894	06/04/2017	126	-
26	YESENIA GRANADOS SINISTERRA	1112768176	9387	21/12/2016	98	09/03/2017
27	SARA MILENA GIL GARCÍA	1121918201	67784	20/10/2016	98	-

Ahora bien, y en cuanto a las liquidaciones objeto de impugnación tenemos en relación con las licencias 405784 (N°1), 30854244 (N°2), 1087552057 (N°18), 1100962352 (N°23), y 1102856650 (N°24), manifiesta la parte actora que se tuvo como I.B.L. una suma inferior al salario mínimo legal, no obstante, tal apreciación carece de veracidad, como se detalla a continuación:

- En relación con la licencia **405784**, se ordenó su reconocimiento parcial por valor de \$14.931,40, puesto que aparecía acreditado un pago por la suma de \$3'083.480 y la liquidación del despacho arrojó un valor de \$3'098.411, última suma que fue calculada conforme al salario mínimo, tal y como se verá a continuación:

a) Fecha licencia: 19 de febrero al 24 de junio de 2017.
(126 días)

b) 2016= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2016.

$$(\$689.455/30) \times 54 = \$1'241.018.$$

c) 2017= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2017

$$(\$737.717/30) \times 44 = \$1'081.984.$$

d) TOTAL= \$2'323.002.

- En relación con la licencia **30854244**, se ordenó su reconocimiento parcial por valor de \$70.782,13, puesto que aparecía acreditado un pago por la suma de \$2'252.220 y la liquidación del despacho arrojó un valor de \$2'323.002,13, última suma que fue calculada

conforme al salario mínimo, tal y como se verá a continuación:

a) Fecha licencia: 19 de febrero al 24 de junio de 2017.
(126 días)

b) 2017= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2017
 $(\$737.717/30) \times 126 = \$3'098.411.$

- En relación con la licencia **1087552057**, se ordenó su reconocimiento total por valor de \$3'098.411,40, suma que fue calculada conforme al salario mínimo, tal y como se verá a continuación:

a) Fecha licencia: 03 de junio al 06 de octubre de 2017.
(126 días)

b) 2017= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2017
 $(\$737.717/30) \times 126 = \$3'098.411,39.$

- En relación con la licencia **1100962352**, se ordenó su reconocimiento total por valor de \$2'277.956,67, suma que fue calculada conforme al salario mínimo, tal y como se verá a continuación:

a) Fecha licencia: 11 de octubre de 2016 al 16 de enero de 2017. (98 días)

b) 2016= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2016
 $(\$689.455/30) \times 82 = \$1'884.510,33.$

c) 2017= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2017
 $(\$737.717/30) \times 16 = \$393.449,07.$

d) TOTAL: \$2'277.959,40

- En relación con la licencia **1102856650**, se ordenó su reconocimiento total por valor de \$3'098.411,40, suma que fue calculada conforme al salario mínimo, tal y como se verá a continuación:

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

a) Fecha licencia: 09 de junio al 12 de octubre de 2017.
(126 días)

b) 2017= S.M.M.L.V/30 x días de licencia en el 2017
 $(\$737.717/30) \times 126 = \$3'098.411,39.$

Igualmente, y en virtud de la impugnación elevada por la demandada CAFESALUD E.P.S. es necesario aclarar que las licencias de maternidad 405784 (N°1) y 30854244 (N°2) correspondientes a **Aidee Martínez Ruiz y Luz Marina Julio Sierra**, respectivamente, únicamente aparecen pagos parciales como quedo asentado en precedencia. En cuanto a las licencias de maternidad 1102856650 (N°24), 1087552057 (N°18), y 1100962352 (N°23), de **Yainy Pascuala Gómez López, Leidy Graciela Mesa Hincapié, y Eliana María Arias Hernández**, respectivamente, de la documental allegada no se logra extraer su pago, por lo que en tal sentido la suma a cargo de CAFESALUD E.P.S. es por el valor de la totalidad de las licencias de maternidad, tal y como lo dispuso el A Quo, por demás que sobre las dos últimas trabajadores en comento se cuenta con la transcripción de sus licencias en el medio óptico de folio 38. Al punto, se aclara que para efectos de acreditar el pago el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le correspondía a CAFESALUD E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; lo que si bien logró con el escrito que dio alcance a la contestación de la demanda, lo cierto es que con los documentos allegados no se logra extraer con certeza el pago de los conceptos aludidos, pues si bien no se desconoce que CAFESALUD E.P.S. efectuó unos pagos, no se logra determinar si

corresponden a las licencias de maternidad que se requieren en este juicio.

En efecto, en cada uno de los pagos relacionados si bien se señala que obedecieron a licencias de maternidad, así como están identificados con un número de radicado, también lo es que no existe prueba alguna con la que se pueda determinar que dicho radicado corresponde a cada trabajador de la empresa reclamante, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian; misma situación que acontece con los documentos que se allegaron con la impugnación, los que por demás no pueden ser catalogados como hechos sobrevivientes, pues fueron arrimados con posterioridad a la sentencia tal y como lo dispone el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P. (sentencia SL4221-2020).

Por otra parte, y en relación con las licencias de maternidad identificadas como **357415 (N°4)**, **4407735 (N°5)**, **517380 (N°8)**, **5723668 (N°9)**, **470804 (N°12)**, **5276642 (N°17)**, **272127 (N°19)**, y **6082054 (N°21)**, el A Quo absolvió de su pago por diversas razones que se detallan a continuación:

- En relación con la licencia **357415** señaló que era de 98 días y que se aportó un pago de \$1'933.957, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, en los que consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba un salario mínimo, y que la licencia era de 98 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$2'252.219,67. Así, resulta dable el reconocimiento de una diferencia por valor de **\$318.262.67**.

- En relación con la licencia **4407735** señaló que era de 98 días, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, donde consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba \$760.238, y que la licencia era de 98 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de **\$2'483.444,13**.
- En relación con la licencia **517380** señaló que era de 133 días y que se aportó un pago de \$2'160.435, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, donde consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba un salario mínimo, y que la licencia era de 133 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$2'732.823,33 (131 días de 2014 y 2 días de enero de 2015). Así, resulta dable el reconocimiento de una diferencia por valor de **\$572.388,33**.
- En relación con la licencia **5723668** señaló que era de 98 días y que se aportó un pago de \$4'748.690, empero que la E.P.S. pagó un monto superior al resultante para el A Quo. De esta manera, la sala se remite a la información que obra en el medio óptico de folio 38, de la que se extrae que la trabajadora devengaba \$727.943, y que la licencia era de 98 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$2'377.947,13. Así, resulta correcta la absolución del A Quo.

- En relación con la licencia **470804** señaló que era de 98 días y que se aportó un pago de \$2'417.333, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, donde consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba un salario mínimo, y que la licencia era de 98 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$2'305.307,87 (65 días de 2016 y 33 días de 2017). Así, resulta correcta la absolución del A Quo pero por resultar menor en esta instancia el valor a reconocer en contraste con el que ya pagó la E.P.S.
- En relación con la licencia **5276642** señaló que era de 126 días y que se aportó un pago de \$3'098.411, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, donde consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba un salario mínimo, y que la licencia era de 126 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$3'098.411, mismo valor que ya fue reconocido por la E.P.S., por lo que, no resulta procedente su pago.
- En relación con la licencia **272127** señaló que era de 98 días, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, en los que consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba un salario mínimo, y que licencia era de 98

días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de **\$2'189.072,67** (42 días de 2015 y 56 días de 2016).

- En relación con la licencia **6082054** señaló que era de 98 días y que se aportó un pago de \$2'068.380, empero que no obraba desprendible de nómina, por lo que no era procedente su pago; no obstante, en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, donde consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba un salario mínimo, y que licencia era de 98 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$2'384.135,80. Así, resulta dable el reconocimiento de una diferencia por valor de **\$315.755,80**.

Así mismo, señala el apoderado de la parte actora que se omitió por parte del A Quo estudiar la licencia 2227184 (N°7), no obstante, frente a esta lo que se manifestó es que pese a que obraba un pago de \$6'479.554 por una licencia de maternidad de 122 días, no se había acreditado su pago por no aportarse desprendible de nómina; circunstancia que a juicio de la Sala no resulta razonable, dado que en el medio óptico de folio 38 obran los correspondientes desprendibles de pago, donde consta el reconocimiento que se hizo por parte del empleador a su trabajadora por concepto de licencia de maternidad, que devengaba \$1'743.143, y que la licencia era de 122 días, por lo que en tales condiciones se debió pagar la suma de \$7'088.781,53. Así, resultaría dable el reconocimiento de una diferencia por valor de \$609.227,53, sino fuera porque en la impugnación por tal concepto se solicitó una suma inferior, esto es, **\$248.046**, por lo que se accederá a este último valor.

De esta manera, tenemos que por los anteriores conceptos se adeuda el valor de **\$6'126.969,60**, rubro que suma al rubro

objeto de condena en primera instancia, esto es, **\$8'560.493**, arroja un total de **\$14'687.462,60**.

Corolario de lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de licencias de maternidad se adeuda la suma de **\$14'687.462,60**. Al punto, se aclara que tales condenas se imponen en cabeza de CAFESALUD E.P.S. al causarse antes del 01 de agosto de 2017.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral cuarto, que fuera objeto de modificación den esta instancia, requiera a la demandada CAFESALUD E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de las incapacidades y/o licencias de maternidad que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

INTERESES MORATORIOS.

Los intereses moratorios son un porcentaje que se cobra cuando se incurre en retraso en el pago de una obligación pecuniaria, y se aplica una vez vence el plazo límite para efectuar su reconocimiento. En relación con licencias de maternidad, el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece:

“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.

Parágrafo 2°. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.” (Negrillas por la Sala).

Asimismo, el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, señala:

“Artículo 4°. Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

El inciso final del artículo 7° ejusdem establece:

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”.

De las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia, la procedencia de los intereses moratorios ante la falta de pago por parte de la E.P.S. en los términos señalados en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011. No obstante, en el caso de marras, encontramos que se aprobó el proceso de reorganización de CAFESALUD E.P.S. mediante la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017, acto administrativo en el que se dispuso:

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

“ARTÍCULO PRIMERO. APROBAR el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), consistente en la creación de una Nueva Entidad a saber, la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).

ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la Habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud Entidad promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización Propuesto.

PARÁGRAFO PRIMERO. Serán objeto de cesión a la nueva entidad la totalidad de activos que hayan sido adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La habilitación a ceder corresponde a la otorgada mediante Resolución 0973 del 29 de diciembre de 1994 como Entidad Promotora de Salud del Régimen contributivo, así como también la otorgada mediante Resolución 1358 del 29 de septiembre de 2008 como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, al igual que la capacidad de afiliación asignada mediante Resolución 2779 del 23 de diciembre de 2015 para el Régimen Subsidiado y la Resolución 2812 del 15 de septiembre de 2016 para el Régimen Contributivo”.

En igual sentido, el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que MEDIMÁS E.P.S. prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de prestaciones sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, entendiéndose en tal sentido que en virtud de tal orden judicial, las prestaciones económicas estuvieron temporalmente en cabeza de MEDIMÁS E.P.S., y no de CAFESALUD E.P.S.; medida cautelar que no fue levantada sino hasta el 10 de abril de 2019.

En efecto, en el proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones posteriores al 01 de agosto de 2017 quedaron a cargo de MEDIMAS E.P.S. y las anteriores a cargo de CAFESALUD E.P.S.:

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad MEDIMÁS EPS S.A.S., tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de CAFESALUD EPS S.A., razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de MEDIMÁS EPS S.A.S., esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735”.

Por tanto, considera la Sala que desde el 01 de agosto de 2017 CAFESALUD E.P.S. estuvo vedada para efectuar reconocimientos prestacionales con ocasión de la medida cautelar proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de modo que sólo hasta cuando se levantó la medida cautelar era dable exigirle a tal entidad promotora de salud los correspondientes pagos por concepto de prestaciones, situación que como quedó visto, acaeció el 10 de abril de 2019.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00867 -01
Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Así las cosas, tenemos lo siguiente:

No	TRABAJADOR	RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE LICENCIA	FECHA SOLICITUD	OBSERVACIONES
1	AIDEE MARTÍNEZ RUIZ	4057848	8/11/2016	98	09/03/2017	Dentro de los seis meses
2	LUZ MARINA JULIO SIERRA	30854244	19/02/2017	126	06/06/2017	Dentro de los seis meses
3	SANDRA SOFIA GUTIÉRREZ PESTANA	5270718	16/03/2017	126	-	Se pagó el 11 de octubre de 2018
4	ALEXA CONSTANZA MAHECHA HOYOS	357415	27/01/2016	98	09/03/2017	El pago del empleador data de la nómina de mayo de 2016.
5	DIANA CAROLINA VILLANUEVA RAMÍREZ	4407735	24/12/2013	98	-	No obra solicitud
6	YESICA ANDREA PÉREZ SEPULVEDA	1003460	29/04/2017	126	06/06/2017	Se pagó el 11 de octubre de 2018
7	KATHERINE LÓPEZ GARCÍA	2227184	13/10/2013	121	-	No obra solicitud
8	LAURA TATIANA BARRERA BECERRA	517380	23/08/2014	133	-	No obra solicitud
9	ANGELICA NATHALY ROZO FRANCO	5723668	21/03/2016	98	-	No obra solicitud
10	LIZETH PAOLA PEDRAZA GÓMEZ	5489066	25/05/2017	126	11/07/2017	Se pagó el 11 de octubre de 2018
11	JENNIFER PAOLA VARGAS PINZÓN	6070806	04/12/2016	98	-	No obra solicitud
12	GERALDINE DEL CARMÉN ARRIETA CASTAÑEDA	470804	28/10/2016	98	-	No obra solicitud
13	CLAUDIA ALEJANDRA SÁNCHEZ CASTELLANOS	25320159	10/09/2016	98	-	No obra solicitud
14	LUCERO GORDILLO ARIAS	63099	25/03/2017	126	06/06/2017	Se pagó el 11 de octubre de 2018
15	MARÍA YURLEY VELASCO	204010	13/03/2017	126	-	Se pagó el 11 de octubre de 2018
16	MAYERLY SÁENZ CHALA	3057708	07/01/2016	98	09/03/2017	Se pagó el 11 de octubre de 2018
17	LEIDY YOHANNA CIFUENTES CERQUERA	5276642	15/03/2017	126	06/06/2017	Se señaló que la E.P.S. ya había pagado desde la demanda
18	LEIDY GRACIELA MESA HINCAPIÉ	9999	03/06/2017	126	-	No obra solicitud
19	ERIKA LINARES SEPÚLVEDA	272127	20/11/2015	98	-	No obra solicitud
20	ANNY LICSET ZABALA ATENCIO	370213	15/10/2016	98	-	No obra solicitud
21	LIZZETH CAROLINA REY	6082054	16/12/2016	98	06/06/2017	Dentro de los seis meses
22	LEIDY YURLEY GUTIÉRREZ DURÁN	6113907	26/01/2017	154	09/03/2017	Se pagó el 11 de octubre de 2018
23	ELIANA MARÍA ARIAS HERNÁNDEZ	7078	11/10/2016	98	-	No obra solicitud
24	YAINY PASCUALA GÓMEZ LÓPEZ	5506333	09/06/2017	126	11/07/2017	Dentro de los seis meses
25	JENIFER MARLENY MONTAÑO TAPIERO	505894	06/04/2017	126	-	Se pagó el 11 de octubre de 2018
26	YESENIA GRANADOS SINISTERRA	9387	21/12/2016	98	09/03/2017	Se señaló que la E.P.S. ya había pagado desde la demanda
27	SARA MILENA GIL GARCÍA	67784	20/10/2016	98	-	No obra solicitud

De esta manera, es claro que no es dable acceder a los intereses moratorios de las prestaciones económicas que se pagaron al 11 de octubre de 2018, pues como quedó dicho, CAFESALUD E.P.S. retomó su obligación de pago del 10 de abril de 2019. Asimismo, no es posible reconocer las licencias de maternidad que carecen de prueba de cuenta de cobro o de

solicitud elevada por la parte actora para proceder al pago de intereses moratorios, así como tampoco de las licencias que no fueron requeridas dentro de los seis meses de haber sido efectuado el correspondiente pago como ocurre con la de Alexa Constanza Mahecha Hoyos, pues se reconoció a la trabajadora en la nómina de mayo de 2016 y se requirió su pago hasta el 09 de marzo de 2017.

En conclusión, únicamente resulta procedente el pago de los intereses moratorios sobre las licencias de maternidad 4057848, 30854244, 6082054, y 5506333, de Aidee Martínez Ruiz, Luz Marina Julio Sierra, Lizzeth Carolina Rey, y Yainy Pascuala Gómez López, respectivamente, las que resultan procedentes desde el 10 de abril de 2019 hasta que se haga efectivo su pago.

De conformidad con lo expuesto, se MODIFICARÁ la sentencia en el sentido de ADICIONAR que se condena a CAFESALUD E.P.S. a reconocer y pagar intereses moratorios sobre las licencias de maternidad 4057848, 30854244, 6082054, y 5506333, de Aidee Martínez Ruiz, Luz Marina Julio Sierra, Lizzeth Carolina Rey, y Yainy Pascuala Gómez López, respectivamente, desde el 10 de abril de 2019 hasta que se haga efectivo su pago.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que, al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la CAFESALUD E.P.S., es tal entidad la llamada a asumir tal carga, por lo que se **MODIFICARÁ la sentencia a fin de ADICIONAR** tal condena.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del despacho que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de CAFESALUD E.P.S.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de establecer que CAFESALUD E.P.S. por concepto de licencias de maternidad de trabajadoras de SERVIOLA S.A.S., debe pagar a ésta la suma de **\$14'687.462,60.**

SEGUNDO. – MODIFICAR la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se condena a CAFESALUD E.P.S. a reconocer y pagar **intereses moratorios** sobre las licencias de maternidad 4057848, 30854244, 6082054, y 5506333, de Aidee Martínez Ruiz, Luz Marina Julio Sierra, Lizzeth Carolina Rey, y Yainy Pascuala Gómez López, respectivamente, desde el 10 de abril de 2019 hasta que se haga efectivo su pago.

Demandante: **SERVIOLA S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO. -Costas en ambas instancias a cargo de CAFESALUD E.P.S.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de CAFESALUD E.P.S.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **COLPENSIONES** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

Demandante: **COLPENSIONES.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende **el pago de una licencia de paternidad** por valor de \$6'894.550.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 05 de diciembre de 2016 le fue informado por parte del servidor Javier Eduardo Guzmán Silva el nacimiento de su hijo el 26 de noviembre de 2016; **2)** El 22 de diciembre de 2016 recibe el formato de permiso para el goce de la licencia de paternidad, la que fue pagada conforme a la ley; y **3)** El 12 de enero de 2017, COLPENSIONES radicó ante CAFESALUD E.P.S. la solicitud para el pago de la licencia de paternidad sin que a la fecha se hubiere efectuado su pago.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 24), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito la que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que la prestación económica que se reclama se causó en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

Demandante: **COLPENSIONES.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 24), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó licencia de paternidad reconocida, liquidada y aprobada para su pago, y la genérica.

Indicó que estaba en imposibilidad de realizar el pago de la licencia de paternidad, puesto que su cuenta del Banco de Bogotá se encontraba congelada; y que la licencia de paternidad se encuentra liquidada y aprobada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 24 a 26), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ABSOLVER** a MEDIMAS E.P.S. de las pretensiones de la demanda interpuesta por COLPENSIONES.

TERCERO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar la suma de \$6'894.396, con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor de COLPENSIONES. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que no encuentra justificación legal para que CAFESALUD E.P.S. se hubiera abstenido de reconocer la licencia de paternidad, ya que el hecho de que se tengan cuentas embargadas no faculta a la E.P.S. para que se sustraiga de sus obligaciones, máxime cuando la misma se encuentra aprobada y liquidada; que el financiamiento de las prestaciones económicas es ajeno a las situaciones administrativas que afronte la entidad; y que los recursos con los que se pagan las licencias de paternidad son administrados por la A.D.R.E.S., por lo que el deber que tiene la E.P.S. es el de asegurar el destino de los

recursos previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. (fls.34 a 36).

Adujo que el pago de la licencia de paternidad se efectuaría una vez se pudiera descongelar la cuenta del Banco de Bogotá; que la Subsección A de la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia del 26 de octubre de 2017 dispuso que estaba en cabeza de CAFESALUD E.P.S. el reconocimiento de las incapacidades sin exigir trámites adicionales; y que MEDIMÁS E.P.S. efectuó el pago de la licencia de paternidad.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si el reconocimiento de la licencia de paternidad se encontraba en cabeza de MEDIMÁS E.P.S.; si es dable ordenar el pago de la prestación, pese a que la cuenta de CAFESALUD E.P.S. se encuentra congelada; y si se acreditó en debida forma el presunto pago que se alude en la impugnación.

DEL PAGO DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté gozando de una de licencia de paternidad (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

En igual sentido, cuando una trabajadora haga uso de la licencia de maternidad, su esposo o compañero permanente pueden gozar de una licencia de ocho días, según las voces del parágrafo 1° del Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 34 de la Ley 50 de 1990. Modificado por el Artículo 1° de la Ley 1468 de 2011, norma que dispone:

“PARÁGRAFO 1o. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.”

En igual sentido, es necesario aclarar que el aludido artículo 239 del C.S.T. establece que “estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público”.

De esta manera, la licencia de paternidad es una manifestación del derecho al interés superior del menor de edad, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y el amor durante los primeros días de su existencia, permitiéndole no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre. La presencia del padre durante estos primeros días de vida del recién nacido, resultan fundamentales para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional y, además, sirven para que se afiancen las relaciones paterno-filiales. En otras palabras, el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad permite “garantizar al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad”. La licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen todos los niños y niñas del mundo, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo (sentencia T-190 de 2016).

Por otra parte, el reconocimiento y pago de esta prestación está en cabeza de las entidades de seguridad social, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite su pago, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o **paternidad** a cargo del Sistema General de Seguridad Social

en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS.** En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las licencias de paternidad de sus trabajadores.

Así mismo, es necesario acotar que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-633 de 2009 estableció que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, en desarrollo del principio de proporcionalidad entre el tiempo cotizado y el período de gestación, las E.P.S. sólo podrá exigir la cotización de las semanas correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad, de manera que si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia; pero si ha dejado de cotizar 11 o más semanas, solamente se reconocerá el pago de las semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Javier Eduardo Guzmán Silva trabaja para COLPENSIONES desde el 08 de junio de 2012 (fl.11).
- ii) Federico Andrés Guzmán Orjuela nació el 26 de noviembre de 2016; es hijo de Javier Eduardo Guzmán Silva y Diana Cristina Orjuela Bahamón (fl.6).
- iii) A Diana Cristina Orjuela Bahamón le fue otorgada licencia de maternidad del 26 de noviembre de 2016 al 03 de marzo de 2017, esto es, por 98 días (fl.10); y a Javier Eduardo Guzmán Silva del 26 de noviembre al 07 de diciembre de 2016 (fl.14).

Demandante: **COLPENSIONES.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

- iv) En la nómina del mes de noviembre de 2016 se pagó por parte de COLPENSIONES la licencia de paternidad a su trabajador (fl.12).
- v) El 12 de enero de 2017 solicitó a CAFESALUD E.P.S. el reembolso de la licencia de paternidad (fl.13).
- vi) El 05 de julio de 2017, CAFESALUD E.P.S. solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de CAFESALUD E.P.S. a MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 23).
- vii) El 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que MEDIMÁS E.P.S. prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de prestaciones sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.
- viii) Mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar CAFESALUD E.P.S., por el término de dos años.

Sentado lo anterior, observa la Sala que mediante providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia, dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.**, prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales. No obstante, en proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal

Demandante: **COLPENSIONES.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones **posteriores al 01 de agosto de 2017** quedaron a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.** y las anteriores a cargo de **CAFÉSALUD E.P.S.:**

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad MEDIMÁS EPS S.A.S., tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de CAFESALUD EPS S.A., razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de MEDIMÁS EPS S.A.S., esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735”.

Por tanto, las prestaciones causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017, se encuentra radicadas en cabeza de **CAFÉSALUD E.P.S.** sin que se resulte dable que se abstenga de efectuar su reconocimiento con ocasión a las medidas cautelares

que recaen en su cabeza, pues desde el 10 de abril de 2019 tiene la obligación de efectuar su reconocimiento.

Por otra parte, se hace alusión a que MEDIMÁS E.P.S. pagó la licencia de paternidad, para lo que se hace necesario rememorar el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, que dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le correspondía a CAFESALUD E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; no obstante, y tan sólo cuando se elevó la impugnación por aquella, fue que se puso de presente el pago de las correspondientes incapacidades con el respectivo soporte documental. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el trámite sumario goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

“(…) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

Demandante: **COLPENSIONES.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictará sentencia.** Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS”.

En el sub lite se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de CAFESALUD E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 24).

Por otra parte, no desconoce la Sala que los documentos en los que se fundamenta la impugnación son de fechas posteriores a la radicación de la contestación de la demanda, 17 de mayo de 2018 (medio óptico de folio 24), pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, las relaciones de pago por transferencia detallada por proveedor y extractos cuenta de ahorro, son del **04 de septiembre de 2018**, (fls. 37 y 38); no obstante, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **11 de diciembre de 2020**, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse sentencia primera instancia, no pueden tenerse como hechos sobrevinientes.

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para con ellos verificar si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer unos pagos por parte de CAFESALUD E.P.S. a favor de COLPENSIONES se desconoce por qué concepto se pagaron. En efecto, en cada uno de los pagos relacionados si bien se señala que obedecieron a licencias de maternidad, así como están identificados con un número de radicado, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho radicado corresponda al trabajador que gozó de la licencia de paternidad, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si

se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian, por lo que resulta procedente la imposición de la condena.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral cuarto de la sentencia, esto es: ***“CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar la suma de \$6’894.396, con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor de COLPENSIONES. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia”***, requiera a la demandada CAFESALUD E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de la licencia de paternidad que afirma haberse realizado por medio de consignación por MEDIMÁS E.P.S.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

Demandante: **COLPENSIONES.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

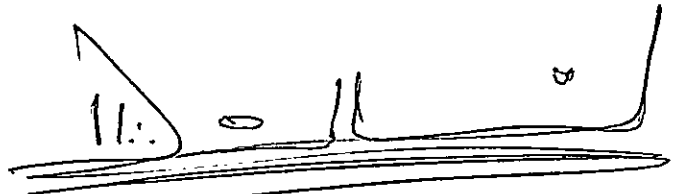
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



—DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00931 -01
Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 11 de junio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **ACTIVOS S.A.S.** en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende **el pago de 46 incapacidades** expedidas a sus trabajadores, junto con sus correspondientes intereses moratorios o indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Durante la vigencia del contrato de trabajo, 36 trabajadores afiliados a la E.P.S. CAFESALUD, presentaron incapacidades; **2)** Pagó las correspondientes incapacidades; **3)** Solicitó el pago de las prestaciones económicas a la entidad promotora de salud de sus trabajadores, no obstante, ésta se negó a reconocer su pago; **4)** Estuvo en varias reuniones con CAFESALUD E.P.S. en las que llegaron a diferentes acuerdos, pero todos estos fueron incumplidos; **5)** El 19 de julio de 2017 se expidió la Resolución 2426 de 2017 por medio del cual se dispuso la reorganización de CAFESALUD E.P.S., creándose a partir del 01 de agosto del 2017, MEDIMÁS E.P.S.; y **6)** El 26 de octubre de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", decretó como medida cautelar que MEDIMÁS E.P.S. debía efectuar el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD E.P.S. sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 70), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó incapacidades canceladas a la empresa **ACTIVOS S.A.S.**, las incapacidades reconocidas a **CAFESALUD E.P.S.** están a cargo de **MEDIMÁS E.P.S.**, incapacidades que se encuentran en trámite, incapacidades que no se registran en el sistema, y la genérica.

Indicó que las incapacidades de las trabajadoras Zulay Dayanna Velandia García y Nathalia Ramos Reyes, fueron reconocidas, liquidadas y pagadas por **CAFESALUD E.P.S.**; que las incapacidades de María Fernanda Rendón Soto, Briyith Vásquez Hernández, Juan Guillermo Serna Agudelo, Michael Franco González, Leidy Yohana Palma Mayorga, Diana Patricia Loaiza y Jordy Sebastián Vallejo Rodríguez, no aparecen registradas en el sistema; que las prestaciones de Mateo Marín Ardila, David Guillermo Duarte Mahecha, Ana Carolina Bazurto Camacho, Edgar Alirio Sogamoso Cristancho, Jorge Alejandro Bulla Tovar, Liliana Valencia Arredondo, Kevin Duván Contreras Ramírez, Jennyfer Daniela Morales Ballen, Lina Marcela Tovar Gómez, Luis Fernanda Quintero Rodríguez, Elizabeth Martínez Cuervo, Keidy Alexandra Tovar Vargas, Didier Arbey Buitrago Rosas, William Fernando Realpe Gómez, Lizyendy Janeth Román Jaimes, Viviana Vanessa Rodríguez Chiquito, Yasser Hassan Gandur Suarez, Paola Andrea Posada Meneses, Rocío del Pilar Pamplona Vásquez, Nathalia Ramos Reyes, María Eugenia Villa Villa, Jennifer Andrea Salazar Álvarez, Rebeca José Medici Ramírez, y Jennifer María Padilla Cantillo, recaen en cabeza de **MEDIMÁS E.P.S.** por cuanto el 26 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", estableció que dicha entidad debía efectuar el pago de dicha incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales; y que las incapacidades de Sharim Andrea González Castilla, Ingrid Tatiana Monroy Sandoval, Diana Patricia Loaiza, y Daniel Fernando Suarez Ortiz, se encuentran en trámite.

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 71), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 73 a 82), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de junio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda instaurada por la sociedad ACTIVOS S.A.S.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. al pago de la suma de \$3'249.766, a la sociedad ACTIVOS S.A.S. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar la suma de \$162.488, a la sociedad ACTIVOS S.A.S. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que la medida cautelar dictada el 26 de octubre de 2017, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", consistente en que MEDIMÁS E.P.S. debía efectuar el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD E.P.S. sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, fue levantada el 10 de abril de 2019, por lo que, las incapacidades expedidas antes del 01 de agosto de 2017 se encuentran en cabeza de CAFESALUD E.P.S.; que se encuentra acreditado el pago de las incapacidades 556458, 561991, 548788, 517099, 554682, 535555, 552591, 558384, 543664, 554728, 566797, 530371, 549795, 524989,

571817, 542046, 555239, 552653, 572230, 574421, 556657, 563795, 550188, 553150, 538900, 551420, 534461, y 563369; que se encuentra acreditado el pago parcial de las incapacidades 556458, 561991, 548788, 517099, 554682, 535555, 552591, 558384, 543664, 554728, 530371, 549795, 524989, 571817, 542046, 555239, 552653, 572230, 574421, 556657, 563795, 550188, 553150, 538900, 551420, 534461, y 563369; y que no es procedente la incapacidad 533175, dado que no se adjuntó la correspondiente transcripción de esta.

Explicó que hay lugar a las demás incapacidades, las que se deben liquidar teniendo en cuenta que al empleador le corresponden los primeros dos días, que existe prórroga entre una incapacidad y otra, siempre y cuando, entre estas no se superen 30 días, y que no se debe reconocer una incapacidad por debajo del salario mínimo.

Concluyó expresando que no hay lugar a intereses moratorios, pues no obra prueba del soporte de recibido de las incapacidades requeridas; y que se imponen agencias en derecho a cargo de CAFESALUD E.P.S., dado que deben ser asumidas por la parte vencida.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. (fls.89 a 93).

Adujo que fueron pagadas las incapacidades de Mateo Marín Ardila, David Guillermo Duarte Mahecha, Ana Carolina Bazurto Camacho, Edgar Alirio Sogamoso Cristancho, Jorge Alejandro Bulla Tovar, Liliana Valencia Arredondo, Kevin Duran Contreras Ramírez, Jennyfer Daniela Morales Ballen, Lina Marcela Tovar Gómez, Elizabeth Martínez Cuervo, Keidy Alexandra Tovar Vargas, Didier Arbey Buitrago Rosas, William Fernando Realpe Gómez, Lizyendy Janeth Román Jaimes, Viviana Vanessa Rodríguez Chiquito, Yasser Hassan Gandur Suárez, Paola Andrea

Posada Meneses, Rocío del Pilar Pamplona Vásquez, Nathalia Ramos Reyes, María Eugenia Villa Villa, Jennifer Andrea Salazar Álvarez, Rebecca José Medicci Ramírez, y Jennifer Padilla Cantillo.

Expresó frente a la incapacidad de Diana Patricia Loaiza del 12 de diciembre de 2016 que para esta fecha no se encontraba afiliada a CAFESALUD E.P.S.; que no están transcritas las incapacidades de Juan Guillermo Serna Agudelo, Michell Franco González, Leidy Yohanna Palma Mayorga, Diana Patricia Loaiza, y Jordy Sebastián Vallejo Rodríguez; y que no se ha materializado el pago de las incapacidades de Sharim Andrea González Castilla, Briyith Vásquez Hernández, Ingrid Tatiana Monroy Sandoval, y Daniel Fernando Suárez Ortiz, ya que no fueron reclamadas.

En último término, indicó que mediante Resolución 007172 de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD E.P.S., por lo que, el accionante se debe hacer parte del proceso liquidatorio; y que no hay lugar a agencias en derecho, ya que, al ser un proceso que carece de derecho de postulación no hay lugar a su imposición.

PARTE ACTORA (fls. 105 a 107).

Expuso que se las siguientes incapacidades se liquidaron por debajo del salario mínimo legal: 6011914, 51545154456, 158989, 248098, 10010219716, 462329, 3851913, 107721122016, 1131646702, 288762, 1626000, 272690, 4170442, 4170447, 10010053767, 70501000007081, 74077, 65197, 65412, 64764748479598, 5774212, y 10000237824; que la incapacidad 51843 cuenta con su respectivo soporte legal, el que por demás se adjunta; que no se efectuó pronunciamiento acerca de las incapacidades 49211, 1418708, y 512029; y que resultan procedentes los intereses de mora, como quiera que con la demanda se allegaron todas las reclamaciones de las incapacidades, la demandada no hizo comentario alguno por lo

que se entiende que hubo una aceptación de las mismas, la normatividad establece plazos perentorios sobre la materia, y el artículo 167 del C.G.P. señala que una vez demostrada la existencia de un trato irrazonable, el juez está facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que está en mejores condiciones de probar.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

- Si se encuentra acreditado el pago de las incapacidades de Mateo Marín Ardila, David Guillermo Duarte Mahecha, Ana Carolina Bazurto Camacho, Edgar Alirio Sogamoso Cristancho, Jorge Alejandro Bulla Tovar, Liliana Valencia Arredondo, Kevin Duran Contreras Ramírez, Jennyfer Daniela Morales Ballen, Lina Marcela Tovar Gómez, Elizabeth Martínez Cuervo, Keidy Alexandra Tovar Vargas, Didier Arbey Buitrago Rosas, William Fernando Realpe Gómez, Lizyendy Janeth Román Jaimes, Viviana Vanessa Rodríguez Chiquito, Yasser Hassan Gandur Suárez, Paola Andrea Posada Meneses, Rocío del Pilar

Pamplona Vásquez, Nathalia Ramos Reyes, María Eugenia Villa Villa, Jennifer Andrea Salazar Álvarez, Rebecca José Medicci Ramírez, y Jennifer Padilla Cantillo.

- Si es acertada la condena al reconocimiento y pago de las incapacidades de Diana Patricia Loaiza, Juan Guillermo Serna Agudelo, Michell Franco González, Leidy Yohanna Palma Mayorga, Diana Patricia Loaiza, Jordy Sebastián Vallejo Rodríguez, Sharim Andrea González Castilla, Briyith Vásquez Hernández, Ingrid Tatiana Monroy Sandoval, y Daniel Fernando Suárez Ortiz.
- Si las incapacidades 6011914, 51545154456, 158989, 248098, 10010219716, 462329, 3851913, 107721122016, 1131646702, 288762, 1626000, 272690, 4170442, 4170447, 10010053767, 70501000007081, 74077, 65197, 65412, 64764748479598, 5774212, y 10000237824, se encuentran debidamente liquidadas.
- Si hay lugar al pago de las incapacidades 51843, 49211, 1418708, y 512029.
- Si es dable el imputar el reconocimiento de intereses moratorios.
- Si la actora debió hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD E.P.S.
- Si hay lugar al reconocimiento y pago de agencias en derecho.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que prevé:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores.

Ahora bien, en relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**¹.

¹ “Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

No obstante, la constitucionalidad de dicha norma fue sometida a estudio por la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **C-543 de 2007**, en la que dijo lo siguiente:

“ (...) la Corte ha analizado en anteriores ocasiones la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En casos de protección de derechos mediante la acción de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

Ha señalado esta corporación lo siguiente:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación”.

En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería

incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

2 **“ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

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

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

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

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

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

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

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

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

No obstante, lo anterior no quiere decir que el conocimiento de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la

competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

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

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

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Que durante la vigencia del contrato de trabajo de 36 trabajadores de **ACTIVOS S.A.S.**, éstos incurrieron en incapacidades, que se pormenorizaran más adelante,

de las que no se ha logrado su pago (medio óptico de folio 60).

- ii) Que el 05 de julio de 2017, **CAFESALUD E.P.S.** solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de **CAFESALUD E.P.S. a MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 71).
- iii) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** llevara a cabo la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales (medio óptico de folio 71).
- iv) Que mediante la Resolución N° 007172 de 2019 la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar **CAFÉSALUD E.P.S.**, por el término de dos años (medio óptico de folio 71).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFESALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no

ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Sentado lo anterior, encontramos que ACTIVOS S.A.S. solicita el pago de las siguientes incapacidades:

No	TRABAJADOR	C.C.	RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE LICENCIA
1	MATEO MARÍN ARDILA	1026285467	235566	01/02/2016	10
2	DAVID GUILLERMO DUARTE MAHECHA	1026583219	6011914	01/02/2016	15
3	ANA CAROLINA BAZURTO CAMACHO	1032460437	51545154456	15/08/2015	2
4	SHARIM ANDREA GONZÁLEZ CASTILLA	1047489717	3614	05/05/2016	3
5	EDGAR ALIRIO SOGAMOSO CRISTANCHO	1049609639	230820	23/09/2015	12
6	JORGE ALEJANDRO BULLA TOVAR	1053323866	41276	08/01/2016	6
7	JULIE AMANDA HUERFANO ARIAS	1057572107	49211	25/11/2014	2
8	LILIANA VALENCIA ARREDONDO	1058817650	158989	12/05/2016	30
9	MARÍA FERNANDA RENDON SOTO	1060651026	51843	09/11/2015	5
10	KEVIN DURAN CONTRERAS RAMÍREZ	1070952424	248098	01/04/2016	30
11			10916631	24/08/2016	30
12	JENNYFER DANIELA MORALES BALLE	1070966945	10010219716	15/03/2016	6
13	LINA MARCELA TOVAR GÓMEZ	1070972207	10709722071	05/10/2015	30
14	LUISA FERNANDA QUINTERO RODRÍGUEZ	1070981437	130674	28/09/2016	5
15	BRIYITH VASQUEZ HERNANDEZ	1071170013	628465165746	09/04/2016	3
16	ELIZABETH MARTINEZ CUERVO	1072746003	462329	18/08/2015	8
17	KEIDY ALEXANDRA TOVAR VARGAS	1074928946	3851913	05/10/2015	9
18	DIDIER ARBEY BUITRAGO ROSAS	1075254641	353066690	05/10/2015	5
19	JUAN GUILLERMO SERNA AGUDELO	1077445058	107721122016	01/02/2016	3
20	WILLIAM FERNANDO REALPE GÓMEZ	1080362141	1131646702	01/03/2016	2
21	LIZYENDY JANETH ROMÁN JAIMES	1090364788	50950	01/02/2016	15
22	MICHELL FRANCO GONZÁLEZ	1093224874	67319	20/05/2016	3
23	LEIDY YOHANNA PALMA MAYORGA	1094884309	15795	05/11/2015	4
24	VIVIANA VANESSA RODRÍGUEZ CHIQUITO	1094895905	288762	15/02/2016	5
25	YASSER HASSAN GANDUR SUAREZ	1094906275	212076	01/02/2016	30
26			8986332	26/11/2016	30
27			9332245	26/12/2016	15
28	PAOLA ANDREA POSADA MENESES	1095945356	1626000	14/03/2016	3

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

29	ROCIO DEL PILAR PAMPLONA VASQUEZ	1098668467	1098497	01/02/2016	8
30	ZULAY DAYANNA VELANDIA GARCIA	1098722726	1418708	27/01/2016	2
31			512029	10/04/2016	7
32	INGRID TATIANA MONROY SANDOVAL	1098766137	272690	04/08/2016	15
33	DIANA PATRICIA LOIZA	1106778349	12977814	04/05/2016	3
34			135010	05/10/2016	3
35	NATHALIA RAMOS REYES	1113668618	4170442	19/12/2015	5
36			4170447	04/07/2016	5
37	MARIA EUGENIA VILLA VILLA	1116256508	10010053767	17/09/2015	6
38	JENNIFER ANDREA SALAZAR ÁLVAREZ	1117528966	7050100000708 1	24/07/2015	30
39			74077	01/07/2016	15
40	DANIEL FERNANDO SUAREZ ORTIZ	1121859255	65197	01/06/2016	15
41			65412	10/12/2016	10
42	JORDY SEBASTIÁN VALLEJO RODRÍGUEZ	1121905660	6476474847959 8	01/06/2016	20
43			5365363365	15/07/2016	25
44	REBECA JOSÉ MEDECCI RAMÍREZ	1127361937	5774212	01/02/2016	3
45	JENNIFER MARÍA PADILLA CANTILLO	1129573929	10000237824	17/06/2015	15
46	MATEO MARÍN ARDILA	1026285467	235566	01/02/2016	10

En relación con las fechas de solicitud advierte la Sala que revisado de forma rigurosa el medio óptico de folio 60, no se encontraron las solicitudes frente a las incapacidades de la referencia, aclarando que si bien obran solicitudes por las incapacidades de Ana Carolina Bazurto Camacho, Julie Amanda Huérfano Arias, y Luisa Fernanda Quintero Rodríguez, estas son de fechas diferentes a las que aquí se solicitan, puesto que datan del 08 al 10 de mayo de 2017, 04 de mayo al 02 de junio de 2017, y 14 al 18 de octubre de 2016.

Ahora bien, señala CAFESALUD E.P.S. que ya fueron objeto de pago las incapacidades de Mateo Marín Ardila, David Guillermo Duarte Mahecha, Ana Carolina Bazurto Camacho, Edgar Alirio Sogamoso Cristancho, Jorge Alejandro Bulla Tovar, Liliana Valencia Arredondo, Kevin Duran Contreras Ramírez, Jennyfer Daniela Morales Ballen, Lina Marcela Tovar Gómez, Elizabeth Martínez Cuervo, Keidy Alexandra Tovar Vargas, Didier Arbey Buitrago Rosas, William Fernando Realpe Gómez, Lizyendy Janeth Román Jaimes, Viviana Vanessa Rodríguez Chiquito,

Yasser Hassan Gandur Suárez, Paola Andrea Posada Meneses, Rocío del Pilar Pamplona Vásquez, Nathalia Ramos Reyes, María Eugenia Villa Villa, Jennifer Andrea Salazar Álvarez, Rebecca José Medicci Ramírez, y Jennifer Padilla Cantillo.

Por tanto, la Sala se remite a la sentencia encontrando que en efecto el A Quo señaló que las incapacidades aludidas fueron objeto de pago, empero que, únicamente lo fue de forma parcial, por lo que solo procedía el pago de la correspondiente diferencia. Asimismo, se advierte que el valor que se tuvo en cuenta para imponer las correspondientes condenas fueron los valores que CAFESALUD E.P.S. informó en su contestación de la demanda, con excepción de Rocío del Pilar Pamplona Vásquez, frente a quienes se tuvieron valores superiores (\$256.640), a los que se señalaron en la contestación de la demanda, esto es, \$22.981 en ambos casos, circunstancia que le resulta más favorable a la E.P.S.

En igual sentido, se advierte que sobre las incapacidades de Jorge Alejandro Bulla Tovar, Keidy Alexandra Tovar Vargas, y Didier Arbey Buitrago Rosas, las diferencias arrojaron resultados negativos, motivo por el que no se efectuó condena por estas.

Así las cosas, procede la Sala a verificar si se encuentran en debida forma, los valores impuestos por concepto de diferencia de las demás incapacidades objeto de estudio, para lo cual se tomarán los salarios que obran en el medio óptico de folio 60:

No	TRABAJADOR	C.C.	RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE LICENCIA	VALOR PAGADO	I.B.L.	DIFERENCIA A QUEM	DIFERENCIA A QUO
1	MATEO MARÍN ARDILA	1026285467	235566	01/02/2016	10	\$659.159	\$3'359.509	\$87.398	\$87.436
2	DAVID GUILLERMO DUARTE MAHECHA	1026583219	6011914	01/02/2016	15	\$779.328	\$2'847.041	\$43.150	\$43.192
3	ANA CAROLINA BAZURTO CAMACHO	1032460437	51545154456	15/08/2015	2	\$22.981	\$689.455	\$0,83	\$1
4	EDGAR ALIRIO SOGAMOSO CRISTANCHO	1049609639	230820	23/09/2015	12	\$260.839	\$1'649.000	\$105.605,44	\$105.624

6	LILIANA VALENCIA ARREDONDO	1058817650	158989	12/05/2016	30	\$643.468	\$689.455	\$23	\$23
7	KEVIN DURAN CONTRERAS RAMIREZ	1070962424	248098	01/04/2016	30	\$643.468	\$689.455	\$23	\$23
8			10916631	24/08/2016	30	\$298.753	\$689.455	\$390.702	\$390.702
9	JENNYFER DANIELA MORALES BALEN	1070966945	10010219716	15/03/2016	6	\$114.905	\$689.455	\$4	\$4
10	LINA MARCELA TOVAR GÓMEZ	1070972207	10709722071	05/10/2015	30	\$864.513	\$1'391.000	\$998,11	\$1.041
11	ELIZABETH MARTINEZ CUERVO	1072746003	462329	18/08/2015	8	\$137.886	\$689.455	\$5	\$5
12	WILLIAM FERNANDO REALPE GÓMEZ	1080362141	1131646702	01/03/2016	2	\$32.156	\$1'343.024	\$27.533	\$27.537
13	LIZYENDY JANETH ROMÁN JAIMES	1090364788	50950	01/02/2016	15	\$1'001.466	\$3'985.857	\$150.003,8	\$150.061
14	VIVIANA VANESSA RODRÍGUEZ CHÍQUITO	1094895905	288762	15/02/2016	5	\$68.943	\$750.000	-\$18.943	\$6.057
15	YASSER HASSAN GANDUR SUAREZ	1094906275	212076	01/02/2016	30	\$1'518.459	\$2'847.041	\$253.033	\$253.122
16			8986332	26/11/2016	30	\$1'594.399	\$2'847.041	\$177.093,17	\$177.182
17			9332245	26/12/2016	15	\$747.728	\$2'847.041	\$108.715	\$74.792
18	PAOLA ANDREA POSADA MENESES	1095945356	1626000	14/03/2016	3	\$22.981	\$689.455	\$352	\$352
19	ROCIO DEL PILAR PAMPLONA VASQUEZ	109868467	1098497	01/02/2016	8	\$256.640	\$2'163.751	\$31.860,13	\$31.875
20	NATHALIA RAMOS REYES	1113668618	4170442	19/12/2015	5	\$68.943	\$1'220.078	\$12.395,53	\$12.400
21			4170447	04/07/2016	5	\$114.905	\$1'220.078	\$20.659,22	\$20.666
22	MARIA EUGENIA VILLA VILLA	1116256508	10010053767	17/09/2015	6	\$91.924	\$689.455	\$3	\$3
23	JENNYFER ANDREA SALAZAR ALVAREZ	1117528966	70501000007 081	24/07/2015	30	\$643.468	\$689.455	\$23	\$23
24			74077	01/07/2016	15	\$298.753	\$689.455	\$10,83	\$11
25	REBECA JOSÉ MEDECCI RAMIREZ	1127361937	5774212	01/02/2016	3	\$41.035	\$2'847.041	\$22.232,58	\$22.236
26	MARIA PADILLA CANTILLO	1129573929	10000237824	17/06/2015	15	\$298.753	\$689.455	\$11	\$2.284
TOTAL								\$1'412.892	\$1'406.652

De esta manera, tenemos que las liquidaciones efectuadas por el A Quo en su generalidad son correctas, puesto que los valores resultantes son iguales o ligeramente inferiores a los expuestos en esta instancia con excepción de las incapacidades de Viviana Vanessa Rodríguez Chiquito, Yasser Hassar Handur

Suárez (9332245) y Jennifer María Padilla Cantillo, puesto que, frente a la primera el salario a tener en cuenta era de \$750.000, no obstante, se tuvo la suma de \$689.455; el segundo, estuvo incapacitado un término en 2016 y otro, en 2017, sin embargo, únicamente se calculó sobre el salario de 2016; y el tercero, el valor liquidado por el A Quo fue superior al resultante en esta instancia, \$298.794, puesto que arrojó la suma de \$301.037, pese a que el I.B.L. era el mismo.

Igualmente, encuentra la Sala que la condena a imponer por la totalidad de las incapacidades aludidas en esta instancia correspondería a **\$1'412.892**, suma superior a la que fue objeto de condena, puesto que en primera instancia se tuvo **\$1'406.652**, por lo que, en tal sentido y dado que la impugnación en tal sentido fue elevada por CAFESALUD E.P.S. no habría lugar a la modificación de las condenas impuestas por el juzgador de primera instancia, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.

Así mismo, se hace necesario advertir que con la impugnación se hace alusión a pagos efectuados por CAFESALUD E.P.S. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

“(...) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del

proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictará sentencia**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS”.

En el sub lite, se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de CAFESALUD E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 71).

Por otra parte, los documentos en que se fundamenta la impugnación son de fechas anteriores a la radicación de la contestación de la demanda, 11 de mayo de 2018 (medio óptico de folio 71), pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, las relaciones de pago por transferencia detallada por proveedor, y extractos cuenta de ahorro, son de **septiembre, noviembre y diciembre de 2016, y enero y mayo de 2017**, (fls. 94 a 99); no obstante, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **11 de junio de 2020**, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse la sentencia primera instancia, no pueden tenerse como hechos sobrevinientes.

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para con ellos verificar si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer unos pagos por parte de CAFESALUD E.P.S. a favor de ACTIVOS S.A.S. se desconoce por qué concepto se pagaron. En efecto, en cada uno de los pagos relacionados si bien se señala que obedecieron

a licencias y/o incapacidades, así como están identificados con un número de radicado, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho radicado corresponda a cada trabajador de la empresa reclamante, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral tercero de la sentencia, esto es: ***"ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar de la sociedad JARDINES DE CHÍA S.A.S. la suma de \$17'418.288, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, con las correspondientes actualizaciones monetarias"***, requiera a la demandada CAFESALUD E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de las incapacidades y/o licencias de maternidad que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Por otra parte, sostiene CAFESALUD E.P.S. que no hay lugar a la incapacidad de Diana Patricia Loaiza por cuanto tal trabajadora no se encontraba afiliada a dicha entidad. Al punto, la Sala se remite al medio óptico de folio 60, de la que se logra establecer que dicha trabajadora estuvo afiliada a dicha E.P.S. durante el periodo de junio de 2016 a marzo de 2017, siendo las incapacidades de octubre y diciembre de 2016, por lo que, la condena impuesta se considera acertada.

Así mismo, indica CAFESALUD E.P.S. que no se encuentran transcritas las incapacidades de Juan Guillermo Serna Agudelo, Michell Franco González, Leidy Yohanna Palma Mayorga, Diana Patricia Loaiza, y Jordy Sebastián Vallejo Rodríguez, no obstante, del medio óptico de folio 71 se advierten las correspondientes

incapacidades y certificaciones de la E.P.S., de las que se logra extraer su exigibilidad en cabeza de la CAFESALUD E.P.S., por lo que se considera procedente su reconocimiento.

En lo referente a las incapacidades de Sharim Andrea González Castilla, Briyith Vásquez Hernández, Ingrid Tatiana Monroy Sandoval, y Daniel Fernando Suárez Ortiz, tal y como lo acepta CAFESALUD E.P.S., dichas prestaciones económicas no han sido objeto de pago, por lo que podían ser reclamadas ante la jurisdicción ordinaria, aclarándose que la falta de solicitud únicamente tiene como sanción la absolución por concepto de intereses moratorios, como se verá más adelante.

Por otra parte, y en lo que respecta a la impugnación de la parte actora, encontramos que las incapacidades que se aduce se liquidaron por debajo del salario mínimo legal, esto es, las que se identificaron con los números de radicado, 6011914, 51545154456, 158989, 248098, 10010219716, 462329, 3851913, 107721122016, 1131646702, 288762, 1626000, 272690, 4170442, 4170447, 10010053767, 70501000007081, 74077, 65197, 65412, 64764748479598, 5774212, y 10000237824; que ninguna incapacidad se liquidó sobre el salario mínimo legal, pues por el contrario de la sentencia se denota que las incapacidades que se liquidaron sobre un menor valor datan de 2016 y fue sobre la suma de \$689.455, rubro equivalente al salario mínimo de tal época.

Igualmente, en su recurso de apelación, el accionante aduce que la incapacidad 51843 correspondiente a María Fernanda Rendón Soto, la que fue negada por cuanto no se allegó incapacidad. Al punto, la Sala acude al medio óptico de folio 60, encontrándose la incapacidad aludida la que data del 06 al 10 de mayo de 2016, por lo que resulta procedente su pago.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00931 -01
Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

No	TRABAJADOR	C.C.	RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE LICENCIA	I.B.L.	VALOR INCAPACIDAD
1	MARÍA FERNANDA RENDÓN SOTO	1060651026	533175	06/05/2016	5 (3 a cargo de la E.P.S.)	\$689.455	\$68.945,50

Por lo anterior, se MODIFICARÁ la sentencia con el fin de adicionar la suma de \$68.945,50.

Finalmente, señala la parte actora que no se efectuó pronunciamiento acerca de las incapacidades 49211, 1418708, y 512029, las que corresponden a Julie Amanda Huérfino Arias, y Zulay Dayanna Velandia García.

Sobre el tópico, la Sala se remite a la sentencia en la que se establece que tales incapacidades fueron reconocidas y liquidadas, y que sobre la incapacidad de Zulay Dayanna Velandia García se pagó la suma de \$275.772, rubro que goza de soporte que fue allegado en la contestación de la demanda, por lo que, sobre tales derroteros se realizará la liquidación correspondiente:

No	TRABAJADOR	C.C.	RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE LICENCIA	VALOR PAGADO	I.B.L.	VALOR POR RECONOCER	DIFERENCIA
1	JULIE AMANDA HUERFANO ARIAS	1057572107	534228	14/04/2016	2	-	\$689.455	\$45.963,67	\$45.963,67
2	ZULAY DAYANNA VELANDIA GARCÍA	1098722726	527618	09/04/2016	2	\$275.772	\$689.455	\$45.963,67	-\$68.936
3	ZULAY DAYANNA VELANDIA GARCÍA	1098722726	528140	11/04/2016	7			\$160.872,33	
TOTAL									-\$22.972,33

Así, y dado que la suma resultante es de valor negativo, esto es, -\$22.972,33, se considera que las incapacidades deprecadas fueron objeto de pago, por lo que no se impondrá condena por estas.

Corolario de lo anterior, y dado que el A Quo impuso condena a CAFESALUD E.P.S. por la suma de \$3'249.766, se adicionará a tal rubro, el valor de la incapacidad de María Fernanda Rendón Soto, esto es, \$68.945,50, lo que arroja como resultado **\$3'318.711,50**. Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral tercero de la sentencia**, en el sentido de establecer que el CAFESALUD E.P.S. debe pagar a favor de ACTIVOS S.A.S. la suma aludida.

INTERESES MORATORIOS.

Los intereses moratorios son un porcentaje que se cobra cuando se incurre en retraso en el pago de una obligación pecuniaria, y se aplica una vez vence el plazo límite para efectuar su reconocimiento. En relación con licencias de maternidad, el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece:

“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.

Parágrafo 2°. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.” (Negrillas por la Sala).

Asimismo, el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, señala:

“Artículo 4°. Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

El inciso final del artículo 7° ejusdem establece:

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. **Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses**, ni otras sanciones pecuniarias”.

De las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia, la procedencia de los intereses moratorios ante la falta de pago por parte de la E.P.S. en los términos señalados en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011. No obstante, en el caso de marras, encontramos que se aprobó el proceso de reorganización de CAFESALUD E.P.S. mediante la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017, acto administrativo en el que se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO. APROBAR el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), consistente en la creación de una Nueva Entidad a saber, la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).

ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, y la cesión total de los afiliados, así como la Habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud Entidad promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6), a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización Propuesto.

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

PARÁGRAFO PRIMERO. Serán objeto de cesión a la nueva entidad la totalidad de activos que hayan sido adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La habilitación a ceder corresponde a la otorgada mediante Resolución 0973 del 29 de diciembre de 1994 como Entidad Promotora de Salud del Régimen contributivo, así como también la otorgada mediante Resolución 1358 del 29 de septiembre de 2008 como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, al igual que la capacidad de afiliación asignada mediante Resolución 2779 del 23 de diciembre de 2015 para el Régimen Subsidiado y la Resolución 2812 del 15 de septiembre de 2016 para el Régimen Contributivo”.

En igual sentido, el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que MEDIMÁS E.P.S. llevara a cabo la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de prestaciones sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, entendiéndose en tal sentido que en virtud de tal orden judicial, las prestaciones económicas estuvieron temporalmente en cabeza de MEDIMÁS E.P.S., y no de CAFESALUD E.P.S.; medida cautelar que no fue levantada sino hasta el 10 de abril de 2019.

En efecto, en el proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones posteriores al 01 de agosto de 2017 quedaron a cargo de MEDIMAS E.P.S. y las anteriores a cargo de CAFESALUD E.P.S.:

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud EPS S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad MEDIMÁS EPS S.A.S., tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de CAFESALUD EPS S.A., razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de MEDIMÁS EPS S.A.S., esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735”.

Por tanto, considera la Sala que desde el 01 de agosto de 2017 CAFESALUD E.P.S. estuvo vedada para efectuar reconocimientos prestacionales con ocasión de la medida cautelar proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de modo que solo hasta cuando se levantó la medida cautelar era dable exigirle a tal entidad promotora de salud los correspondientes pagos por concepto de prestaciones, situación que como quedó visto, acaeció el 10 de abril de 2019.

Así las cosas, sería procedente imponer las condenas desde el 10 de abril de 2019 sino fuera porque se carece de prueba de las cuentas de cobro o de solicitud elevada por la parte actora de las incapacidades de los trabajadores de ACTIVOS S.A.S., aclarando que se realizó una revisión exhaustiva del medio óptico de folio 60 sin que se lograra avizorar las reclamaciones elevadas, tanto en los documentos denominados “cuentas de cobro” así como en las carpetas de cada uno de los afiliados.

Por tanto, y al no existir constancia de que las prestaciones económicas fueron requeridas dentro de los seis meses siguientes de haber sido efectuado el correspondiente pago, no es dable imponer condena por concepto de intereses moratorios. En consecuencia, se considera acertada la absolución del A Quo.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que, al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de la CAFESALUD E.P.S., es tal entidad la llamada a asumir tal carga, por lo que se confirmará la imposición de tal condena.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del despacho que haya conocido en primera o única instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de CAFESALUD E.P.S.

VIII. DECISIÓN

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

Demandante: **ACTIVOS S.A.S.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia en el sentido de establecer que CAFESALUD E.P.S. por concepto de incapacidades de trabajadores de ACTIVOS S.A.S., debe pagar a ésta la suma de **\$3'318.711,50.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. -. Costas en esta instancia a cargo de CAFESALUD E.P.S.

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

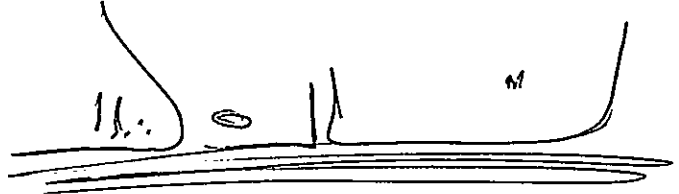
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



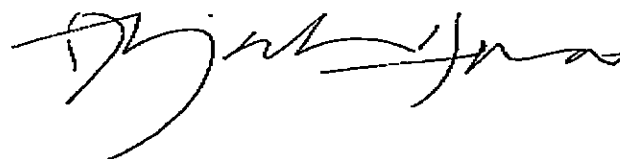
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de CAFESALUD E.P.S.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00969 -01
Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **MÓNICA ARTEAGA CHAVES** promoviese en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reembolso de la suma de \$6'073.461 por concepto citas médicas

de especialista, exámenes, controles y cirugía con Ginecología Oncológica, ante el incumplimiento en la prestación del servicio por parte de SALUD TOTAL E.P.S.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

1) El 04 de diciembre de 2014 consultó con urgencias por un dolor en el costado derecho debajo del abdomen que fueron asociados con posible síndrome de colon irritable; **2)** Ante la continuidad de sus dolores consultó con médico particular quien ordenó la realización de una ecografía transvaginal y tomar norfloxacin por infección urinaria; **3)** Solicitó cita médica, la que fue ordenada el 15 de diciembre de 2014, quien autorizó los exámenes ordenados por el médico particular junto con medicamentos y un parcial de orina; **4)** El 16 de diciembre de 2014 le fue realizada ecografía transvaginal, la que arrojó como resultado un *“quiste aparentemente hemorrágico anexial derecho”*; **5)** El 18 de diciembre de 2014 el médico tratante ordenó varios exámenes de sangre, entre los que se encontraba el marcador tumoral *“antígeno 125 para cáncer de ovario”*, lo que arrojó como resultado un resultado de 72.3, lo que era elevado según criterio del médico tratante; **6)** Como consecuencia de los resultados del marcador tumoral efectuado el 10 de febrero de 2015, que arrojó un resultado de 125.2, el mismo día solicitó cita, empero, la única respuesta que recibió es que no había agenda; **7)** Ante la pasividad de la entidad, en consulta médica particular el 17 de febrero de 2015 le fue informado que debía operarse en la brevedad y que el valor de la operación ascendía a \$7'000.000 aproximadamente; **8)** Consultó con otro especialista, el Dr. Jaime Afanador, quién luego de revisar sus exámenes indicó que el costo de la laparoscopia era de \$2'000.000; **9)** El 02 de marzo de 2015 le fue realizada cirugía con resultado exitoso, el que tuvo además como resultado que existía una adherencia laxa del intestino delgado, lo que muestra el avance de la patología; y **10)** El 09 de marzo de 2015 solicitó el reembolso de

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00969 -01
Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

la cirugía, pero fue negada en abril del mismo año, ya que en ningún momento se demuestra incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

SALUD TOTAL E.P.S. (fls. 67 a 83) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, la demandante no cumple con los requisitos para acceder al reembolso de gastos médicos, ausencia de actividad probatoria de la parte actora, si Salud Total E.P.S. accede al reconocimiento de reembolsos como es el caso sin que se cumplen los requisitos legales de estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos, y la innominada.

Indicó que la demandante no requería una atención por urgencias, la consulta con especialista y el procedimiento quirúrgico fue una decisión unilateral al no querer la accionante hacer uso de los servicios médicos de la E.P.S., al punto que no tramitó la cita con la Clínica Los Nogales; que la accionante ya venía siendo tratada por la red de prestadores; que no se presentó ningún topo de imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por parte de la entidad; que el proceso carece de pruebas para poder establecer que hubo asignación de citas tardías o la falta de disponibilidad de agenda, así como tampoco que los servicios suministrados de manera particular constituyeran una urgencia; y que los reembolsos generan un valor a cargo de la U.P.C., por lo que, en tal sentido son recursos del sistema general de seguridad social en salud, de manera que una condena significaría una indebida destinación de recursos públicos.

Agregó que en caso de condena, debía ordenarse al FOSYGA a pagar a SALUD TOTAL E.P.S., la totalidad de los costos en que incurra la entidad por el reembolso deprecado.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de enero de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 107 a 115):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión demandada por la actora en contra de SALUD TOTAL E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. reconocer y pagar a favor de la actora, la suma de \$6'015.761, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que conforme jurisprudencia de la Corte Constitucional el sistema de seguridad social en salud está regido por los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad, así como que las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer merecen una protección constitucional reforzada; que como refuerzo de lo anterior, el Decreto 019 de 2012 estableció la oportunidad y entrega completa de los medicamentos que requieren los pacientes para obtener el tratamiento oncológico integral, y la Ley 1751 de 2015 estableció que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador; y que el Observatorio Interinstitucional de Cáncer para Adultos- OICA también ha denunciado que los mayores motivos que generan barreras de acceso para la oportuna atención a los pacientes con cáncer es

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00969 -01
Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

la demora en medicamentos, demora en las autorizaciones, negación del servicio, y demora en la cita con especialistas.

Expresó que frente a la demandante no se tuvo en cuenta el carácter prioritario de su situación de salud, pues se le asignó una cita únicamente un mes después de su solicitud; que la actora fue sometida a demoras engorrosas y gestiones administrativas innecesarias e impertinentes; que no bastaba con expedir la autorización del servicio médico, era necesario garantizar la prestación de este servicio; y que si la actora tuvo que pagar sus servicios, ello no obedece a su propia torpeza o culpa, sino a yerros atribuibles a la E.P.S., quién omitió su deber de aseguramiento.

IV. APELACIÓN

SALUD TOTAL E.P.S. (fls.119 a 121).

Adujo que en ningún momento se hizo caso omiso a la autorización de la cita con la especialidad de ginecología oncológica, por el contrario, se autorizó de manera inmediata el mismo día que el médico tratante la ordenó; que correspondía a la paciente tramitar la autorización, lo que no llevó a cabo; que nunca existió un riesgo en la vida de la paciente, pues no debe ser confundido el carácter prioritario de una situación con una urgencia; que la consulta con especialista así como la realización de un procedimiento quirúrgico fue una decisión unilateral de la accionante; y que la accionante ya venía siendo atendida y tratada por la red de prestadores de la E.P.S.

Indicó que únicamente hay lugar a efectuar un reembolso cuando se incurra en incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la E.P.S.; que no existió imposibilidad, incapacidad ni negativa injustificada de la E.P.S., como quiera que ésta autorizó oportunamente los servicios requeridos.

Concluyó expresando que, el reembolso de gastos médicos que asumen los afiliados es cancelado con recursos del Estado, esto es, con la U.P.C.; que de confirmarse la condena se estaría frente a una indebida destinación de recursos públicos; y que en caso de confirmarse la condena, se debe ordenar al FOSYGA el reconocimiento económico del reembolso deprecado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de la cita médica y de la cirugía asumidas por la demandante, ante el presunto incumplimiento en la prestación de tales servicios por parte de la E.P.S.

REEMBOLSO CITA MÉDICA Y CIRUGÍA EFECTUADA ASUMIDAS POR LA DEMANDANTE.

Las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S. cumplen la función de aseguradoras en salud, pues son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14

de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las E.P.S. en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento. La aludida norma establece:

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

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

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

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

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

supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado". (Negrillas por la Sala).

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

"A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *"todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)"*. Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *"cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*.

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

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

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008, establece que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho

a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

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

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

De igual manera, en sentencia T-387 de 2018 se desarrolló un criterio encaminado a proteger de manera especial y reforzada a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, es así como la jurisprudencia constitucional estableció que en estos casos la integralidad del servicio comprende brindarles acceso al servicio de salud sin obstáculos, efectuar un oportuno tratamiento integral para la atención de su patología, lo que implica no sólo el derecho a “recibir” todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes, tratamientos, sino también las garantías de recibir los servicios de apoyo social

y de un entorno tolerable y digno. En los siguientes términos, lo expresó la H. Corte Constitucional:

“17. Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 constitucional, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son *sujetos de especial protección constitucional* y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.

Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original).

18. Como se observa, una de las reglas decantadas por este Tribunal respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una *atención integral en salud* que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no.

En suma, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los

servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental.

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) *“a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”*.

19. La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente *“se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”*. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Así lo dispuso la **Sentencia T-607 de 2016** respecto de las personas que padecen cáncer:

“(.) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, contin[u]a y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios *“que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”*. Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado *“de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”*.

En este sentido, la **Sentencia T-760 de 2008** dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el médico tratante determina que el paciente requiere, *“sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”*.

20. Por ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Corte ha sido clara en afirmar que **la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada.**

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, *“puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”*.

Es decir, esta Corporación ha dejado claro que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades ruinosas.

Así mismo, la **Sentencia T-881 de 2003** recordó la jurisprudencia en torno al tema de las dilaciones y demoras en la práctica de tratamientos médicos, y señaló que *“no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”* (Subrayas fuera del texto original). Por ello, para este Tribunal es claro que el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico es también un requisito para garantizar de forma eficaz y en condiciones de igualdad los derechos a la salud y a la vida de los pacientes.

21. A partir de lo anterior, la Corte ha concluido que el derecho a la salud también puede resultar vulnerado cuando, debido a la demora para la prestación de un servicio o el suministro de un medicamento, se produzcan condiciones que sean intolerables para una persona. Sobre el particular, la reciente **Sentencia T-062 de 2017** dispuso lo siguiente:

“(...) el derecho en cuestión puede resultar vulnerado cuando la entidad prestadora del servicio se niega a acceder a aquellas prestaciones asistenciales que, si bien no tienen la capacidad de mejorar la condición de salud de la persona, logran hacer que la misma sea más manejable y digna, buscando disminuir las consecuencias de su enfermedad”.

Es decir, para que se ampare este derecho no se requiere que el paciente esté en una situación que amenace su vida de forma grave, sino que el mismo se encuentre enfrentado a condiciones indignas de existencia, como puede ser tener que soportar intensos dolores, en casos de pacientes que se encuentran en estadios avanzados de su enfermedad.

Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

22. De la misma forma en que lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, la normativa en materia de salud ha regulado la atención integral oportuna de los pacientes con cáncer en Colombia, tanto de adultos como pediátricos, mediante las Leyes 1384 y 1388 de 2010.

Por medio de la **Ley 1384 de 2010**, la cual reconoció al cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y prioridad nacional que debe ser incluida por los entes territoriales en sus planes de desarrollo, el Legislador estableció acciones para el manejo integral del cáncer con el fin de que el Estado y los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS – garantizaran a estos pacientes la prestación efectiva de *“todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo”*.

De igual manera, dispuso que para la atención integral del cáncer en Colombia se debía tener en cuenta el cuidado paliativo el cual consiste en la atención brindada *“para mejorar la calidad de vida de los pacientes que tienen una enfermedad grave o que puede ser mortal”*. La ley señaló que la meta del cuidado paliativo o cuidado de alivio es prevenir o tratar lo antes posible los síntomas de la enfermedad, los efectos secundarios del tratamiento de la enfermedad y los problemas psicológicos, sociales y espirituales relacionados con la enfermedad o su tratamiento.

23. Dentro de este marco normativo, el Legislador también consagró una serie de medidas de control a fin de garantizar los derechos de los usuarios consagrados en esta ley. Estableció que *“la Superintendencia Nacional de Salud, las Direcciones Territoriales de Salud y (...) como garante la Defensoría del Pueblo”* serían las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control sobre el acceso y la prestación de servicios oncológicos por parte de las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes, de los responsables de la población pobre no asegurada y de las instituciones habilitadas para la prestación con calidad de los servicios oncológicos.

También señaló que el incumplimiento de lo estipulado en la ley por parte de las entidades vigiladas acarrearía sanciones desde multas hasta la cancelación de licencias de funcionamiento de las empresas vigiladas, sin perjuicio de las correspondientes acciones civiles y penales a que hubiere lugar por su incumplimiento, las cuales estarían a cargo de la Superintendencia de Salud, o de las Secretarías Departamentales y Distritales de Salud por delegación que hiciere la superintendencia, entre otras autoridades.

En otras palabras, conforme a esta norma se estipuló que las autoridades del sector salud, de orden nacional y territorial, tienen una obligación de ejercer mayor vigilancia y control, con el fin de que se garantice la atención integral oportuna del cáncer.

A partir de esta norma, y con el objetivo de vigilar que la prestación de los servicios de salud se haga en condiciones de

disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, la Superintendencia Nacional de Salud emitió la **Circular 04 de 2014**. En ésta estableció que debe ofrecerse atención integral y continuidad en el tratamiento, e impartió instrucciones precisas que debían ser cumplidas por las entidades vigiladas, como lo son los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes, y las entidades territoriales.

Particularmente, dispuso que estas entidades tienen la obligación de proporcionarles a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer la atención oportuna sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud y que *“no se puede negar o dilatar la atención o asistencia médica requerida, y el registro de citas de consulta médica especializada debe ser gestionado y optimizado por las entidades competentes”*. Además, aclaró que *“las entidades vigiladas deben saber que [é]stas en ningún momento pueden desconocer alguna otra orden, recomendación o parámetro, que realizare cualquiera otra autoridad o juez de la República”*.

Como refuerzo de la anterior normativa, el Gobierno Nacional también reguló, mediante la Ley Anti trámites (Decreto Ley 019 de 2012), la oportunidad y entrega completa de los medicamentos que requieren los pacientes para obtener el tratamiento oncológico integral.

24. Posteriormente, se expidió la **Ley 1751 de 2015** la cual precisó el contenido del principio de integralidad en materia de salud al señalar que no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario del SGSSS y que *“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador”*. A partir de lo anterior, el legislador también dispuso que cuando se genere alguna duda sobre el alcance de un servicio de salud cubierto por el Estado, deberá entenderse que el mismo comprende todos aquellos elementos que resulten esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

El artículo 8° de esta ley estableció expresamente que el tratamiento integral debe incluir el suministro de todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no.

25. Ahora bien, a pesar de que existe un sólido marco normativo que consagra el derecho al tratamiento integral oportuno de este tipo de pacientes, y de que esta Corte ha sido enfática al sostener que el principio de oportunidad debe ser interpretado de forma más estricta en tratándose de pacientes con sospecha o diagnóstico de cáncer, la realidad es que en la práctica los

Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

estándares de oportunidad para la garantía de una atención integral siguen siendo preocupantes.

Así lo advirtió el Grupo de Soluciones Inmediatas en Salud¹⁷⁵¹ de la Superintendencia Nacional de Salud en sus informes de análisis de las peticiones, quejas y reclamos de carácter prioritario presentados por los usuarios del sistema de salud colombiano:

“la información recolectada anteriormente nos permite concluir que las principales PQR atendidos por el Grupo de Soluciones Inmediatas en Salud tienen como causa principal la restricción en el acceso a los servicios de salud, específicamente los generados con ocasión de las demoras en la autorización y la falta de oportunidad para la atención”.

El Observatorio Interinstitucional de Cáncer para Adultos – OICA – también ha denunciado que los mayores motivos que generan barreras de acceso para la oportuna atención a los pacientes con cáncer son *“demora en los medicamentos, demora en las autorizaciones (de procedimientos, quimioterapias, exámenes, medicamentos); negación del servicio, demora de la cita con el especialista, entre otros”.*

Según esta organización *“un paciente con cáncer en Colombia tiene que surtir 30 trámites en promedio, que comienzan con la visita al médico general, pasan por pedir las órdenes para cada uno de los exámenes, luego las citas con especialistas, para finalmente poder obtener la autorización de su tratamiento”.* De esta forma, los tratamientos de las personas con cáncer en Colombia comienzan generalmente cuando el mismo ya está en la tercera de sus cuatro fases, *“aproximadamente seis meses después de haber consultado por primera vez al médico”.* El Instituto Nacional de Cancerología ha denunciado que, incluso, la mera obtención del diagnóstico en Colombia puede tardar un promedio de tres meses. Debido a la demora en los diagnósticos y en la iniciación de los tratamientos de radioterapia y quimioterapia, los especialistas de la salud afirman que se gastan los recursos del sistema en tratar a personas en estadios III y IV, que son prácticamente incurables, y no a personas en estadios iniciales cuyo tratamiento resulta ser más sencillo y menos costoso.

Debido a lo anterior, el acceso de manera oportuna a los servicios de salud por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Colombia ha sido uno de los temas de atención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, encargada de realizar la inspección, vigilancia y control de las entidades administradoras de planes de beneficios en salud (artículo 6° del Decreto 2462 de 2013 y del artículo 121 de la Ley 1438 de 2011).

Por ello, con el propósito de mejorar las condiciones de acceso y atención a las personas que padecen esta enfermedad, el pasado 4 de febrero se suscribió el *“Segundo Pacto Nacional por los Pacientes con Diagnóstico o Presunción de Cáncer en Colombia”* como un esfuerzo para garantizar el cumplimiento de la Circular 04 de la Superintendencia Nacional de Salud, en

Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

relación con la prestación oportuna del servicio integral en salud. El mismo fue suscrito por el Observatorio Interinstitucional de Cáncer de Adultos (OICA) junto con representantes de 13 organizaciones de pacientes, la Superintendencia Nacional de Salud, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

Sin embargo, los numerosos fallos de tutela que se estudian diariamente en sede de revisión en esta Corte y que están relacionados con la demora en la prestación de los servicios de salud, dan cuenta que los esfuerzos no han sido suficientes para poner freno a esta problemática generalizada, especialmente en los casos de pacientes que padecen enfermedades catastróficas y que requieren del inicio de tratamientos especializados de forma urgente.

26. Considera esta Corporación que **ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad.** Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS.

Por las anteriores razones, advierte la Corte la necesidad de instar a la Superintendencia Nacional de Salud para que dinamice de forma urgente los compromisos adquiridos mediante la Circular 04 de 2014 respecto de las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, y desarrolle medidas urgentes que permitan mejorar la oportunidad para el diagnóstico y la atención eficaz del cáncer en Colombia”.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) El 08 de enero de 2015 se determinó por parte de SALUD TOTAL E.P.S. que Mónica Arteaga Chaves presentaba un antígeno de cáncer equivalente al 72,3 -valor normal entre 0 y 35- (fl.27).
- ii) La actora el 10 de febrero de 2015, fue diagnosticada con quistes complejos anexiales bilaterales, por lo que el mismo día fue remitida a consulta especializada con ginecología oncológica (fls.28 a 30).

- iii) El 17 de febrero de 2015 la actora acudió a cita médica particular con el Ginecólogo- Oncólogo, Daniel Sanabria; cita que tuvo un valor de \$250.000 (fl.48).
- iv) El 20 de febrero de 2015 la demandante pagó la suma de \$200.000 por concepto de Ecografía Pélvica Transvaginal (fl.49).
- v) El 21 de febrero de 2015 la accionante se realizó imagenología y radiografía tórax a.p. lateral, la que tuvo un valor de \$114.026; igualmente, pagó por diversos exámenes la suma de \$243.289, por un uroanálisis \$6.300, medicamentos \$9.300 y \$42.100 (fls.50 a 56).
- vi) El 24 de febrero de 2015, la accionante elevó queja ante la E.P.S. SALUD TOTAL, por cuanto le fue asignada cita médica con ginecología oncológica hasta el 09 de marzo de 2015, pese a que presentaba un cuadro prioritario, poniendo de presente que tenía la cita para cirugía esa semana; queja que fue remitida a la Superintendencia de Salud el 06 de marzo y el 23 de julio de 2015 (fls. 35 a 43).
- vii) El 02 de marzo de 2015 la accionante ingresó a la Clínica La Colina para realización de laparoscopia con presencia endometrioma en ovario derecho, lo que terminó sin complicaciones, y por lo que le fue cobrada la suma de \$2'000.000, así como por insumos médicos y medicamentos, \$3'208.446 (fls.31 a 34 y 57 a 59).
- viii) En abril de 2015 le fue negada la solicitud de reembolso de la cita médica y cirugía que asumió de sus propios ingresos la demandante (fl. 44).
- ix) El 26 de noviembre de 2019 se rindió informe técnico por parte de la profesional, Yeimi Carolina Florian Díaz, en la que se estableció que, la pretensión no correspondía a una atención inicial de urgencias, empero que se evidenciaba falta de oportunidad, continuidad e integralidad en la atención requerida por la accionante, ya que no le fue asignada cita de

manera prioritaria; que el procedimiento fue para evitar posibles riesgos al presentar marcadores tumorales elevados; y que la anterior situación tenía un alto riesgo por corresponder a cáncer de ovario (fl.106).

Pues bien. Efectuado el análisis integral del acervo probatorio narrado encuentra la Sala que le asiste razón a la demandante frente a la solicitud de su cita médica y la cirugía a la que fue sometida, puesto que estas eran de carácter prioritario; en efecto, nótese que en el informe técnico rendido por la Profesional Yeimi Carolina Florian Díaz se establece que *“se evidencia falta de oportunidad, continuidad e integralidad en la atención dado que la cita requerida no fue asignada como fue ordenada, es decir de forma prioritaria, y como resultado de la misma, se ordena un procedimiento que se debe realizar de carácter prioritario para evitar posibles riesgos que con el diagnostico de Quistes complejos anexiales bilaterales con marcadores tumorales elevados, lo que tiene un alto riesgo de corresponder a cáncer de ovario, y a futuro próximo poner en peligro la salud de la usuaria”*.

Igualmente, considera la Sala que la decisión de la accionante no fue caprichosa, pues por el contrario y ante un antígeno canceroso por encima de los niveles normales (72,5), así como al estar frente a una sospecha de cáncer de ovario, lo prudente era que la E.P.S. realizara todos los trámites y procedimientos necesarios para lograr la protección del derecho fundamental a la salud de la accionante, no obstante, y contrario a ello, la cita que fue requerida por el médico tratante el 10 de febrero de 2015 ante ginecología oncológica fue asignada un mes después del diagnóstico, esto es, el 09 de marzo de 2015.

Así las cosas, no puede considerarse que la situación de salud de la accionante fue asumida por parte de la E.P.S. con la seguridad que precisa la problemática que se presentaba, ya que

del recuento jurisprudencial relatado, es claro que el tratamiento no sólo debía efectuarse de forma integral sino también que debía brindarse sin ningún tipo de obstáculos, pues la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que si bien SALUD TOTAL E.P.S. en ningún momento hizo caso omiso a la autorización de la cita con la especialidad de ginecología oncológica, que se autorizó de manera inmediata el mismo día que el médico tratante la ordenó, y que la accionante venía con un tratamiento continuó por parte de la E.P.S.; lo cierto es que, conforme a la sentencia T-387 de 2018 el tratamiento integral de los servicios médicos de personas que padecen o sobre los que se tiene una sospecha de cáncer, implica “recibir” todos los tratamientos relacionados con este de manera rápida y ágil, por lo que, en tal entender no bastaba con que el tratamiento estuviera autorizado y que se estuviera prestando, era imprescindible para proteger la salud y vida de la accionante, que ésta recibiera la respectiva cita de forma pronta, pues su situación era de carácter prioritario.

Igualmente, no desconoce la Sala que a la accionante le correspondía tramitar la correspondiente autorización, no obstante, en la adenda remitida el 24 de febrero de 2015, se pone de presente que la cita fue asignada hasta el 09 de marzo de la misma anualidad, sin que se allegue prueba en contrario por parte de la demandada, por en tal sentido, el actuar de la paciente fue apropiado frente a la situación alarmante que padecía, por lo que, en tal entender no se puede entender que la decisión de tomar la cita con un médico particular fuera

unilateral, puesto que su ente asegurador no estaba tomando las medidas necesarias para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Por otra parte, la entidad accionada señala en su impugnación que no se presentan los escenarios del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, para que proceda el reembolso de los gastos que asumió la demandante; norma que establece:

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto”.

Al respecto, considera la Sala que no se comparte el criterio del impugnante, puesto ante el padecimiento que tenía la accionante era necesario que brindará el servicio de salud, de la manera más rápida y oportuna, pues en caso contrario es dable deprecar una negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud; recuérdese que al estarse frente a una persona con cáncer o con sospecha de este, cualquier clase de barrera debía ser completamente removida, pues de lo contrario se podía poner en alto riesgo la vida de la afiliada.

Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Finalmente, y en lo referente a que se debe ordenar al FOSYGA pagar la totalidad de los costos en que incurrió la E.P.S. por el reconocimiento económico del reembolso por gastos médicos o la diferencia entre el reembolso y la U.P.C. de la actora pagado al momento de los hechos, basta con enunciar que dicha entidad no fue llamada como parte en este proceso, por lo que, en tal medida no se puede imponer ningún tipo de condena en su contra.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. – **1.** – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-00969 -01

Demandante: **MÓNICA ARTEAGA CHAVES.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

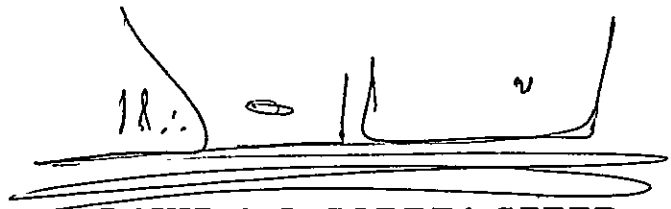
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 07 de mayo de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **GENOVES MOLINA** promoviese en contra de **CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende que E.P.S. CAFESALUD emita respuesta precisa y de fondo,

aclarando si ya consignó los valores solicitados por concepto de reembolso por las atenciones médicas brindadas en junio de 2016 por la Clínica de Especialistas de la ciudad de Bogotá. En subsidio de lo anterior, solicita el reembolso de la suma de \$13'898.650, valor que pagó con ocasión de las atenciones médicas aludidas.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

1) Tiene 74 años de edad; **2)** Hace 22 años presentó un ACV trombótico que requirió hospitalización; **3)** En junio de 2016 se encontraba afiliado a CAFESALUD E.P.S., fecha en la que sufrió un dolor intenso a nivel lumbosacro y adormecimiento de su pierna, por lo que tuvo que consultar por urgencias a la Clínica de Especialistas de la ciudad de Bogotá, en donde fue hospitalizado, y se le practicaron exámenes, procedimientos quirúrgicos, se le suministraron medicamentos, entre otros servicios; **4)** El 11 de junio de 2016 reportó a la E.P.S. CAFESALUD que se encontraba hospitalizado; **5)** Las atenciones médicas ascendieron a la suma de \$13'898.650; **6)** Para salir de la I.P.S. no tuvo otra opción que pagar el valor de los servicios prestados; **7)** El 24 de junio de 2016 solicitó el reembolso de los valores pagados por concepto de servicios médicos prestados por la Clínica los Especialistas, la que fue negada el 29 de junio de 2016 sin señalar las razones de tal negativa; **8)** Al parecer el valor del reembolso ya fue consignado al accionante según información que suministró E.P.S. CAFESALUD a la DIAN, empero no se ha informado la cuenta y **9)** Solicitó información del pago deprecado, sin embargo, a la fecha no se ha emitido respuesta por parte de E.P.S. CAFESALUD.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Demandante: **GENOVES MOLINA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 91) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, los recursos de la salud tienen una destinación específica, y la genérica.

Indicó que la entidad no está obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos por servicios de salud que no fueron autorizados ni suministrados por sus prestadores, de manera que, cuando el afiliado no hace uso de la red de servicios de la E.P.S. a quien le corresponde pagar el servicio es a éste de su propio peculio; y que CAFESALUD E.P.S. no se encuentra facultada para destinar los recursos de la salud para fines diferentes a la atención de sus usuarios, por ello no puede proceder con el reconocimiento y pago de valores sin el cumplimiento de los requisitos de ley.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 07 de mayo de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 92 a 99):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión formulada por el apoderado del actor, en contra de CAFESALUD E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S., reembolsar a favor del actor, la suma de \$10'748.650, de conformidad con el proceso de liquidación forzado fijado en el Decreto 2555 de 2010.

En síntesis, refirió que el derecho a la salud es fundamental según la Organización Mundial de la Salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 48 constitucional, así como se elevó a tal rango por parte de la Corte Constitucional;

que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; y que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección, por lo que la garantía del derecho a la salud debe reforzarse más en virtud de su alto grado de vulnerabilidad.

Expresó que la Ley 1122 de 2007 en consonancia con el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 establecen que es dable el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido un afiliado por concepto de atención urgencias en caso de ser atendido por una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S. cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; que conforme documental médica e informe requerido a la galena Yeimi Carolina Florian Díaz, es posible establecer que el cuadro clínico del demandante era una urgencia, pues presentaba un dolor lumbar secundario a hernia discal con radiculopatía, motivo por el que fue hospitalizado en forma inmediata, además de que se requirieron exámenes urgentes para descartar lesión de columna; y que el 11 de junio de 2016 informó de su condición de hospitalizado a CAFESALUD E.P.S., no obstante, ésta no efectuó ningún trámite para salvaguardar la salud de su afiliado, por demás que ninguna carga podía ser trasladada al usuario y lograr eximirse de responsabilidad, alegando simplemente que el actor ingresó como particular.

Concluyó expresando que, el valor por concepto de gastos de servicios médicos demostrados asciende a la suma de \$10'748.650.

IV. APELACIÓN

CAFESALUD E.P.S. (fls.108 a 112).

Adujo que en el sistema de CAFESALUD E.P.S. no aparece que se haya solicitado autorización de la atención prestada al demandante por parte de la Clínica de Especialistas, tal y como se aduce en la auditoría efectuada por el área de salud de la entidad, por demás que en el concepto técnico de la galena adscrita a la superintendencia delegada se dijo que revisado el registro especial de prestadores no se encuentra el servicio de urgencias habilitado y que no se conoce si fue cumplido el proceso de verificación de derechos y envío de anexos; aunado a que no obra prueba que dé cuenta que se puso en conocimiento de la E.P.S. la urgencia del accionante; que el evento del demandante era programable, no una urgencia, incluso se informa que el actor decidió hospitalizarse de manera voluntaria; y que por lo anterior no aparece demostrado que exista imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la E.P.S.

Indicó que el A Quo para proferir su decisión consultó el concepto técnico de Yeimi Carolina Florián Díaz, pero éste no fue puesto en conocimiento de CAFESALUD E.P.S. para que pudiera ejercer su oposición y exponer las razones para quitarle credibilidad al mismo, violándose el derecho al debido proceso; que quienes tienen la posibilidad de efectuar conceptos técnicos son las partes y no los juzgadores, por demás que dicha situación vulnera la imparcialidad en la apreciación de la prueba, al no darse si quiera la posibilidad de contradecir o allegar un concepto distinto; que el concepto técnico no cuenta con identificación de quien lo elaboró, datos, profesión, documentos idóneos que acrediten el ejercicio de la profesión, documentos utilizados para la elaboración del concepto, etc.; y que el juzgador está acudiendo a su conocimiento privado para tomar una decisión.

Finalmente, indicó que mediante Decreto 2555 de 2010 se ordenó la liquidación de CAFESALUD E.P.S., por lo que el actor debía acudir al proceso liquidatorio y suscribir los

correspondientes formatos para que se reconociera a su favor la acreencia requerida.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si es dable ordenar el reembolso de los servicios médicos prestados a favor del actor por parte de la Clínica de Especialistas; si es posible tener como prueba el concepto médico proferido por Yeimi Carolina Florián Díaz; y si el accionante debió hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD E.P.S.

REEMBOLSO ATENCIÓN DE URGENCIAS.

Las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S. cumplen la **función de aseguradoras** en salud, pues son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las E.P.S. en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento. La aludida norma establece:

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

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

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

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

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

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es la sentencia T- 418 de 2013, ha

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

“A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *“todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)”*. Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *“cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que*

Demandante: **GENOVES MOLINA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”.

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

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

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

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días

siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto”.

En igual sentido, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, reza:

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

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”.

Así las cosas, se hace necesario determinar cuándo se está frente a una **atención de urgencias**, frente a lo que se hace necesario empezar por definir el concepto de urgencia. Al punto, la Organización Mundial de la Salud – OMS –es *“la aparición fortuita (imprevista o inesperada) en cualquier lugar o actividad, de un problema de salud de causa diversa y gravedad variable, que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia”¹*

Ahora bien, el servicio de urgencia, como servicio asistencial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley

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

100 de 1993, *“debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa”.*

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

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

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

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

De esta manera, la atención de urgencias, únicamente busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad, tal y como se asentó en sentencia T-210 de 2018.

No obstante, en el ordenamiento jurídico también encontramos el concepto de atención inicial de urgencias, tal y

como se logra verificar del parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 que dispone expresamente:

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

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

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

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

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

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

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

De igual manera, en sentencias T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a los adultos mayores**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento.

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

*“Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los **adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos.***

*Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que **las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos.** Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:*

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el

correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:

“(...) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”.

*Ahora bien, cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho especial hincapié en que la condición de **sujetos de especial protección constitucional** en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros.* Así, le corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas.

Lo anterior, aseguró esta Corporación mediante sentencia T-252 de 2017 hará posible que los adultos mayores “(...) dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46° de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años”. En este orden, insistió la Corte mediante la aludida providencia que las instituciones deben procurar “(...) maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los miembros de este

grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio". (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quién supera la edad de 60 años, y el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años. Sobre el tópico en sentencia T-013 de 2020 establece:

"Conviene precisar que el término "persona de la tercera edad" y el concepto "adulto mayor", que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto "adulto mayor" fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de "vejez" propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de "desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen". Por su parte, la calidad de "persona de la tercera edad" solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor".

"Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitido por el DANE"

DEL PROCESO LIQUIDATORIO DE CAFESALUD E.P.S.

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

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de

Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

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

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

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

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

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

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

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

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

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

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) Genoves Molina nació el 20 de mayo de 1943 (fl.10).
- ii) El 11 de junio de 2016, el actor ingresó por urgencias a la Clínica de Especialistas por cuanto presentaba *“mucho dolor en la cintura para abajo y la pierna izquierda se le está durmiendo”*, por lo que el médico tratante dispuso hospitalización por medicina interna al tener una impresión diagnóstica que denominó *“dolor lumbar secundario a hernia discal con radiculopatía del miembro inferior izquierdo”* (fls. 22 a 74).
- iii) El 11 de junio de 2016, la Clínica de Especialistas informó a CAFESALUD E.P.S. que el accionante se encontraba hospitalizado, lo que se encuentra suscrito por la enfermera jefe de tal clínica, y tiene un reporte de transmisión del 13 de junio de 2016 a la hora de las 1:19 P.M. (fls.12 y 13).
- iv) El 13 de junio de 2016 se encontró mediante resonancia magnética de columna lumbrosacra que el accionante presentaba una “hernia intraesponjosa en platillo inferior de L2. Signos de discopatía L3-L4, L4-L5, L5-S1, L3-L4, y L4-L5, los discos muestran una protusión hacia el margen inferior de los agujeros”, por lo que el 15 de junio de 2016 se efectuó un procedimiento denominado “bloqueo peridural”. Durante la hospitalización el accionante fue objeto de

múltiples terapias cervicales, dorsales, lumbosacras, y faciales (fls. 22 a 74).

- v) El 18 de junio de 2016 el actor fue dado de alta de la Clínica de Especialistas de Bogotá (fl.61).
- vi) La hospitalización del demandante tuvo un costo de \$3'500.000 por valor del procedimiento; \$7'398.650 por habitación, medicamentos, y otros; y \$3'000.000 por honorarios; rubros que fueron pagados por el accionante (fls. 14 a 20).
- vii) El 24 de junio de 2016 el accionante solicitó el reembolso de la atención de urgencias que tuvo en la Clínica de Especialistas de Bogotá por valor de \$13'898.650, la que fue negada por cuanto no había evidencia de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada (fls.7 a 9).
- viii) CAFESALUD E.P.S. reportó ante la DIAN el pago de la suma de \$13'898.650, mismo valor que se debió reconocer por la hospitalización del 11 al 18 de junio de 2016 (fl.77).
- ix) El 23 de octubre de 2017, el actor solicitó en virtud de la declaración efectuada por CAFESALUD E.P.S. ante la DIAN, información de tal consignación, sin que se verifique respuesta (fls. 75 a 77).
- x) La Doctora Yeimi Carolina Florián Díaz emitió concepto técnico científico a través del que estableció que los servicios requeridos correspondían a una atención inicial de urgencias teniendo en cuenta el cuadro de dolor con el que ingresó el actor, servicios que se encuentran incluidos en el plan de beneficios de salud (fl.96, según transcripción de la sentencia).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago del reembolso de la atención médica que recibió el demandante entre el 11 y el 18 de junio de 2016, dado que como se dijo en

precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Así mismo, es necesario aclarar en relación con el concepto médico de la Doctora Yeimi Carolina Florian Díaz, que dicha prueba no puede ser considerada prueba por informe en los términos del artículo 275 del C.G.P., pues de conformidad con tal normatividad, esta prueba versa sobre datos que resultan de archivos o registros de quien rinde el informe; no obstante, el concepto aludido registra opiniones que la introducen el campo de la prueba pericial. Al respecto, sostiene Hernán Fabio López Blanco en cita a Marco Antonio Álvarez:

“Como bien lo advierte el profesor Marco Antonio Álvarez, se trata de, pues de datos registrados o documentados. Por eso el artículo 275 del Código General del Proceso hace alusión a “hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe”. Por tanto, si la persona requerida conoce el hecho, el dato o cifra, o si, en general tiene el conocimiento que el peticionario quiere utilizar en el proceso como prueba, pero no consta en archivo o registro alguno bajo su manejo, debe acudirse a otro medio de prueba, como el testimonio o la peritación.

En suma, considero que un criterio que puede ilustrar para la adecuada aplicación de la prueba por informes, es el de que es viable siempre y cuando a la entidad o persona no se le solicite opinión sobre determinado aspecto, sino simplemente que señale una serie de circunstancias acerca de hechos de los cuales puede dar fe de acuerdo con su particular actividad.

Si la petición va más allá y requiere de un concepto, se entra al campo de la prueba pericial. Así, para ilustrar lo anterior; si la solicitud no se limita a que se informe acerca de cuales eran las especificaciones previstas para construir determinada carretera sino que, adicionalmente, se quiere la opinión de la entidad

acerca de las causas que originaron el derrumbe de un sector de ella, ya no estamos en prueba por informe sino en la pericial”².

Dicho lo anterior, es necesario advertir que nada impide que el juez, en uso de sus facultades oficiosas, pueda solicitar un dictamen pericial, recuérdese que el artículo 230 del C.G.P. establece:

“Artículo 230. Dictamen decretado de oficio. Cuando el juez lo decreta de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

Con el dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado”.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el artículo 231 del C.G.P. prevé la posibilidad de que el dictamen decretado de oficio sea controvertido en audiencia; sin embargo, ante la carencia de audiencia en el proceso sumario, y frente a la prevalencia del derecho sustancial y la informalidad que envuelve dicho trámite, tal y como lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, norma que dicta que *“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, **prevalencia del derecho sustancial**, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción (...) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la **informalidad**”*, el estándar probatorio de tal prueba no puede ser otro que el de la sana

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Pruebas, DUPRE Editores Ltda. 2017, p.543-544.

crítica y la libre formación del convencimiento; recuérdese que el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. establece:

“ARTICULO 61. LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO. El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento”.

Así las cosas, el concepto rendido por la Doctora Yeimi Carolina Florian Díaz no debe ser evaluado de forma irrestricta, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 232 del C.G.P. es claro en establecer que se *“apreciará el dictamen con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*.

Por tanto, el A quo podía apreciar el concepto médico y darle su propio entendimiento a la prueba conforme a las reglas antes aludidas sin que ello devenga en una vulneración al debido proceso, más aún si se tiene en cuenta la informalidad y preferencia del proceso sumario, de modo que el concepto aludido debe ser valorado en tales condiciones, y no obliga al juez a tomar una decisión en el mismo sentido que se profirió.

De esta manera, considera la Sala que el juzgador de primera instancia tenía la posibilidad de estudiar el dictamen proferido por la galena Yeimi Carolina Florian Díaz y darle el entendimiento que más se adecuara al asunto, valoración que, en todo caso, el juez de primera instancia realizó conforme al análisis integral del acervo probatorio; actuar que se considera acertado y que se procede a realizar en esta oportunidad.

Al respecto, encuentra la Sala del acervo probatorio documental narrado en precedencia, que el accionante ingresó a la Clínica Especialistas de Bogotá y que fue objeto de una atención inicial de urgencias, pues presentaba mucho dolor de la cintura para abajo y por cuanto su pierna izquierda se estaba durmiendo, lo que generaría una impresión diagnóstica que se denominó *“dolor lumbar secundario a hernia discal con radiculopatía del miembro inferior izquierdo”*, razón por la que el médico tratante consideró necesaria su hospitalización.

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como la sentencia T-760 de 2008, estableció que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

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

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte

del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se *“requiere”*, pero no así cuando el servicio es *“útil”* y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

De esta manera, es claro que el proceder del médico tratante fue la de determinar que el accionante requería de hospitalización, determinación que claramente buscaba preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de la sintomatología que presentaba, por lo que para ello dispuso del uso de tecnologías en salud para su atención; de modo que, en este punto ya estamos frente a una atención de urgencias, pues aquí la I.P.S. comenzó a desplegar todo un conjunto de acciones que fueron realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por la urgencia.

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

En este punto, se hace necesario resaltar que a CAFESALUD E.P.S. se le reportó la correspondiente hospitalización por parte de la Clínica de Especialistas, no obstante, no efectuó ningún tipo de actuación para asumir su aseguramiento e, inclusive,

lograr su traslado a una I.P.S. que hiciera parte de su red de servicios, recuérdese que dicha clínica no podía negar la prestación de servicios por expreso mandato del artículo 14 de la Ley 1751 de 2015 que dispone:

“ARTÍCULO 14. PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.

El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud”.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene que se estaba frente a un adulto mayor (contaba al momento de la prestación del servicio de salud con 73 años y 22 días), en la que su protección a salud se refuerza, por lo que, era obligación de la E.P.S. efectuar todas las medidas que fueran necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante, brindándole todas las atenciones que requiriera para lograr la estabilización de su salud.

En tal sentido, no se comparte el criterio del impugnante, puesto ante el padecimiento que tenía, era necesario que se brindar el servicio de salud, que asumiera su obligación de aseguramiento para salvaguardar la vida y salud del actor, de la manera más rápida y oportuna, pues en caso contrario es dable deprecar una negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud; recuérdese que al estarse frente a un adulto mayor, cualquier clase de barrera debía ser completamente removida, pues de lo contrario se podía poner en alto riesgo la vida del afiliado. Al punto, se rememora que para la época de la atención de los servicios la H. Corte Constitucional mediante T-844 de 2014 estableció como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE, la que se encontraba en la edad de 74 años (hoy se encuentra en 76 años- sentencia T-013 de 2020), de

modo que el accionante al no alcanzar tal edad era un adulto mayor.

Así mismo, es necesario aclarar que en ningún punto de la demanda se hace alusión a que el demandante se hubiera hospitalizado voluntariamente como parece entenderlo el impugnante, por el contrario, conforme al acervo probatorio es claro que fue el médico tratante que efectuó su atención inicial de urgencias quién determinó la necesidad de llevar a cabo su hospitalización.

De igual manera, señala el impugnante que según auditoría efectuada por el área de salud de CAFESALUD E.P.S. no se encuentra registrada en el sistema la urgencia del accionante, y que en el concepto médico de la Doctora Yeimi Carolina Florian Díaz se estableció *"3- No se evidencia en el expediente respuesta de la CLINICA DE ESPECIALISTAS, sin embargo, se revisa en REGISTRO ESPECIAL DE PRESTADORES, no se encuentra servicio de urgencias habilitado (código de prestador 1100109757)"*; apreciación del impugnante que contraría lo acreditado en juicio, como quiera que en el expediente obra el correspondiente reporte efectuado por la clínica aludida a CAFESALUD E.P.S., con su respectiva transmisión con resultado *"OK"*; remisión que en ningún momento se desconoció ni se puso en duda, sino solamente hasta cuando se profirió condena, puesto que la defensa de la accionante se centró principalmente en que no estaba obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos que no fueron autorizados ni suministrados por sus prestadores.

En todo caso, habrá de advertirse que conforme al artículo 120 del Decreto 019 de 2012, ningún trámite para la obtención de la autorización de una urgencia puede ser trasladado al usuario, por lo que, era la Clínica de Especialistas la que debía efectuar el correspondiente reporte de la atención brindada al actor, de modo que, de haberse incurrido en algún tipo de omisión por parte de tal entidad, no es el afiliado quién debe

sufrir las consecuencias de tal circunstancia. Al respecto, la norma en estudio señala:

“ARTÍCULO 120. Trámite de autorización para la prestación de servicios de salud. 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.

El Ministerio de Salud y Protección Social adoptará, en un período no superior a seis (6) meses siguientes a la vigencia del presente decreto ley, el Formato Único de Autorización de Servicios que deberá ser diligenciado por las IPS y regulará la autorización de otros servicios de salud, conforme a lo previsto en el presente artículo, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio, las condiciones de conectividad y la zona en que se presta el mismo.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a las sanciones previstas en la ley”.

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

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Demandante: **GENOVES MOLINA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

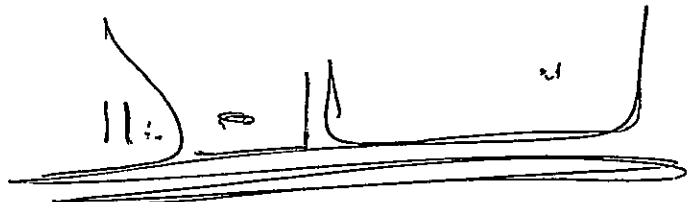
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01028 -01
Demandante: **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN.**
Demandado: **CRUZ BLANCA E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN** promoviese en contra de **CRUZ BLANCA E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reembolso del dinero gastado en médico particular para impedir

la pérdida de su visión; y que se genere la autorización correspondiente para continuar con el retiro del sellante implantado, o el pago del retiro con el cirujano que realizó el procedimiento médico.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: **1)** En octubre de 2017 le fue detectado un glaucoma; **2)** El 26 de abril de 2018 se expidió orden de servicios para consulta con oftalmología, empero, no se logró la cita por falta de cupo; **3)** El 25 de abril de 2018 tuvo un desprendimiento de retina, por lo que acudió al Hospital de Cruz Blanca, donde fue remitida al Hospital San José y Hospital San Rafael, lugares en los que no la atendieron por falta de convenio; finalmente, fue atendida en el Hospital San Ignacio, en donde le manifestaron que si no se realizaba una intervención dentro de 24 horas perdería el ojo; y que, **4)** Ante la premura de la situación, acudió a un médico particular, Dr. Jorge Augusto Gómez Silva, quien efectuó el correspondiente procedimiento, lo que costó junto con los respectivos exámenes y medicamentos, \$6'784.000.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

CRUZ BLANCA E.P.S. (medio óptico de folio 31) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la obligación, inexistencia de los perjuicios reclamados, y la genérica.

Indicó que la demandante no logra probar a través de facturas los valores que tuvo que asumir por servicios médicos, así como tampoco la historia clínica donde conste el

procedimiento realizado; que no existe prueba siquiera sumaria de la que se logre desprender que la cirugía de la accionante debía realizarse en un término de 24 horas; y que frente a la patología de la accionante se ordenaron las correspondientes autorizaciones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 76 a 84):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones formuladas por la actora en contra de CRUZ BLANCA E.P.S., hoy en liquidación.

TERCERO: ORDENAR a CRUZ BLANCA E.P.S. hoy en liquidación, reembolsar a favor de la actora, la suma de \$6'493.000.

En síntesis, refirió que el derecho a la salud es fundamental según la Organización Mundial de la Salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 48 constitucional, así como se elevó a tal rango por parte de la Corte Constitucional; que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; y que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección, por lo que la garantía del derecho a la salud debe reforzarse más en virtud de su alto grado de vulnerabilidad.

Expresó que el 25 de abril de 2018 la actora presentó una alteración visual, por lo que tras ser valorada por las I.P.S. San José, San Rafael, y San Ignacio, no le fue brindada la atención médica que necesitaba, lo que la conllevó a acudir a los servicios particulares de la Fundación Santa Fe, en donde se estableció como plan de tratamiento que requería de forma prioritaria una

vitrectomía posterior más inserción de silicón o gas más láser más facoemulsificación de catarata más implante de lente intraocular monofocal, lo que se practicó el 09 de mayo de 2018; que de las autorizaciones allegadas por la E.P.S. no se logra extraer que se suministró tratamiento por el desprendimiento de retina de la actora, padecimiento que es considerado una urgencia oftalmológica, pues debe ser reparada la retina en forma inmediata para evitar la pérdida de la visión; y que CRUZ BLANCA E.P.S. tenía pleno conocimiento de la patología de la actora, pero no administró el riesgo en debida forma, por el contrario, dilató el tratamiento, por lo que no fue diligente con la gestión la situación que padecía la demandante.

Concluyó expresando que, el valor por concepto de gastos de servicios médicos demostrados asciende a la suma de \$6'493.000.

IV. APELACIÓN

CRUZ BLANCA E.P.S. (fls.97 a 105).

Adujo que la accionante contaba con todas las autorizaciones para lograr la prestación de su servicio de salud; que conforme al artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 la demandante debió radicar su solicitud antes del 01 de junio de 2018, por lo que, al no efectuar tal requerimiento, éste se torna extemporáneo; que fue la demandante quien de manera caprichosa accedió a servicios médicos a través de una I.P.S ajena a la red de servicios; que no obra prueba de que estuviera en riesgo la salud de la accionante, siendo su actuar arbitrario, de modo que estaba bajo su total responsabilidad y costo; y que no se encuentra facultada para destinar los recursos de la salud para fines diferentes a la atención de usuarios.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01028 -01
Demandante: **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN.**
Demandado: **CRUZ BLANCA E.P.S.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de los servicios médicos oftalmológicos que se prestaron a favor de la accionante, ante el presunto incumplimiento en la prestación de tales servicios por parte de la E.P.S.

REEMBOLSO DE SERVICIOS MÉDICOS OFTALOMOLÓGICOS ASUMIDO POR LA DEMANDANTE.

Las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S. cumplen la **función de aseguradoras** en salud, pues son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las E.P.S. en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento. La aludida norma establece:

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso

Demandante: **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN.**

Demandado: **CRUZ BLANCA E.P.S.**

efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

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

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

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

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

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera **integral**, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el

médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

“A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *“todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)”*. Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *“cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición*

Demandante: **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN.**

Demandado: **CRUZ BLANCA E.P.S.**

de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”.

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

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

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

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del

hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto”.

Así mismo, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, reza:

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

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

3. En los eventos de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia** demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”.

En relación con los términos del citado artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, la H. Corte Constitucional en sentencias como la T-594 de 2007 y T-650 de 2011, ha establecido que la vulneración de los derechos de un afiliado se torna más gravosa, cuando la entidad niega el reconocimiento del pago de los urgencias asumidas por el afiliado, con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, como es la extemporaneidad de la reclamación, esto es, vencido el término establecido en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994, según la cual *“... la solicitud de reembolso deberá hacerse dentro de los quince (15) días siguientes al alta del paciente...”*; circunstancias que a juicio de máximo tribunal constitucional no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación. En sentencia T-594 de 2007 señaló:

“Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución

referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten.

Pero adicionalmente, para esta Sala es claro que la exigencia de este requisito por parte de la entidad accionada, dadas las circunstancias particulares del accionante, requería ser atemperada a la luz de los mandatos constitucionales, en particular, del deber de solidaridad establecido en la Carta Política. En efecto, la importancia de la función que tienen a su cargo las entidades prestadoras de servicios de salud, implica que la aplicación de requisitos como el señalado no pueda corresponder a un mero ejercicio automático de adecuación, que no consulte las circunstancias especiales que pueda revestir cada caso concreto. La anterior consideración adquiere una importancia mayor en aquellos eventos en los cuales la única razón para negar el reconocimiento de la prestación solicitada, es precisamente el incumplimiento de un presupuesto formal, como lo es el del término para elevar la solicitud de reembolso correspondiente ante la entidad”.

De igual manera, en sentencias T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a los adultos mayores**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento.

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

*“Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los **adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos.***

*Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que **las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos.** Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:*

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

***Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos.** En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:*

“(...) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”.

Demandante: **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN.**

Demandado: **CRUZ BLANCA E.P.S.**

*Ahora bien, cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho especial hincapié en que la condición de **sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros.** Así, le corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas.*

Lo anterior, aseguró esta Corporación mediante sentencia T-252 de 2017 hará posible que los adultos mayores “(...) dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46° de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años”. En este orden, insistió la Corte mediante la aludida providencia que las instituciones deben procurar “(...) maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los miembros de este grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio”. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quien supera la edad de 60 años, mientras que el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años. Sobre el tópico en sentencia T-013 de 2020 establece:

“Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla

quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor.

(...) Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitido por el DANE"

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) El 20 de octubre de 2017 Margarita Arévalo Barragán consultó por primera vez especialista en oftalmología, efectuándose seguimiento y control de su salud visual el 04 y 06 de diciembre de 2017, 24 de enero, 08 de marzo, 26 de abril, y 04 de mayo de 2018 (medio óptico de folio 31).
- ii) En la atención que recibió la actora el 26 de abril de 2018- fecha para la cual contaba con 66 años-, el Hospital San Ignacio señaló que se presentaban hallazgos de hemorragia vítrea de ojo izquierdo, que se sospechaba de desgarro retiniano, y se ordenó reposo; motivo por el que fue atendida el 03 de mayo de 2018, y en el que únicamente se señaló que la paciente refería una mejoría (fls. 6 y 7).
- iii) El 04 de mayo de 2018, la accionante acudió ante médico particular, Jorge Gómez Silva, quien informó que presentaba un desprendimiento de retina y catarata, por lo que requería de manera prioritaria vitrectomía posterior más inserción de silicón o gas más facoemulsificación de catarata más implante de lente intraocular monofocal; servicios que asumió la accionante de su propio peculio (fls. 33 a 43).
- iv) Rindió concepto del médico Luis Alfredo Ruiz Devia, quién informó que la demandante para mayo de 2018, presentó sintomatología oftalmológica que comprometió su sentido de la vista dado el cuadro clínico de desprendimiento de retina; que fue en razón a que no evolucionaba favorablemente que la actora

tuvo que acudir ante un médico particular, en donde se determinó que padecía de un desprendimiento de retina y una catarata, lo que implicaba una intervención quirúrgica y la colocación de un lente intraocular; que el desprendimiento de retina es una emergencia médica, por lo que, ante la falta de evidencia de que la E.P.S. la trató de forma eficiente y eficaz, procede el pago del reconocimiento económico deprecado (fls. 80 a -transcrito en la sentencia).

Pues bien. Del análisis integral de los documentos allegados, es dable establecer que la accionante acudió ante el médico particular, Jorge Gómez Silva, ya que presentaba un desprendimiento de retina y una catarata, que necesitaba una intervención prioritaria.

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo la sentencia T-760 de 2008, estableció que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

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

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

De esta manera, es claro que el proceder del médico tratante fue la de determinar que la accionante requería de una intervención quirúrgica prioritaria, determinación que claramente buscaba preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de los signos y síntomas que presentaba la accionante en relación con el órgano de la vista; apreciación que es conteste con el concepto médico rendido por Luis Alfredo Ruiz Devia, quién informó que la demandante para mayo de 2018 presentó sintomatología oftalmológica que comprometió su sentido de la vista dado el cuadro clínico de desprendimiento de retina; y que esta patología es una emergencia médica sin que se evidencie que la E.P.S. la haya tratado en forma eficiente y eficaz.

Igualmente, considera la Sala que la decisión de la accionante no fue caprichosa, pues por el contrario y ante una emergencia médica visual, y el riesgo de perder la vista, lo prudente era que la E.P.S. realizara todos los trámites y procedimientos necesarios para lograr la protección del derecho fundamental a la salud de la accionante; no obstante, y pese a existir la sospecha de la patología desde el 26 de abril de 2018, y tratamiento por glaucoma desde octubre de 2017, no efectuó

ninguna acción dirigida efectiva o eficaz para lograr la recuperación de la salud de la demandante.

Así las cosas, no puede considerarse que la situación de salud de la accionante fue asumida por parte de la E.P.S. con la seguridad que precisa la problemática que se presentaba, ya que del recuento jurisprudencial relatado, es claro que el tratamiento no sólo debía efectuarse de forma integral sino también que debía brindarse oportunamente y sin ningún tipo de obstáculos de índole administrativo, pues la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar ni imponer su carga y solución al afiliado, cuando la entidad es la que tiene el deber de aseguramiento (al respecto pueden consultarse las sentencias T- 745 de 2009, T-437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que si bien CRUZ BLANCA E.P.S. emitió las autorizaciones para efectuar el seguimiento y control de la patología que padecía la accionante, lo cierto es que al estar frente a una emergencia médica, era necesario que la accionante recibiera de manera efectiva y material todos los tratamientos relacionados para superar tal circunstancia, de manera rápida y ágil, lo que en el caso no aconteció, por lo que, en tal entender, no bastaba con que el tratamiento estuviera autorizado y que se estuviera prestando, sino que era imprescindible para proteger la salud y vida de la accionante, que ésta recibiera el respectivo tratamiento de forma pronta, pues su situación era de carácter prioritario; de manera que, al no lograrse que la atención que requería la demandante fuera realmente efectiva conforme a la sintomatología que presentaba, no es dable predicar que el actuar de la E.P.S. fue oportuno y diligente.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene que se estaba frente a un adulto mayor (al momento de la prestación del servicio de salud tenía 66 años), caso en el que la protección de su salud es reforzada, por lo que, era obligación de la E.P.S. efectuar todas las medidas necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante, brindándole todas las atenciones que requiriera para lograr la estabilización de su salud.

Finalmente, se hace necesario rememorar que la destinación y uso de los **recursos de la seguridad social**, por mandato constitucional expreso, tienen una destinación específica, es decir que estos no pueden dedicarse a fines diferentes a los propósitos establecidos para el sistema conforme a lo prescrito por el artículo 48 de la Carta, que consagra expresamente que *“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”*.

SOSTENIBILIDAD FISCAL.

Finalmente, se hace necesario rememorar que la sostenibilidad fiscal es un principio incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 03 de 2011, mediante el que se exige tener en cuenta los instrumentos de política fiscal y la protección efectiva de la capacidad económica del Estado. Al punto, el artículo 48 constitucional consagra:

“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

El sistema de seguridad social en salud se encuentra regulado por el artículo 3 de la Ley 1281 de 2011 que dispone:

“las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de los recursos del mismo”.

Sentadas las anteriores premisas, debe advertir la Sala que con la decisión que se adopta no se desconoce tal principio, como quiera que la condena que se impone se hace en obedecimiento a la prestación de unos servicios o tecnologías de salud, derecho fundamental que no puede ser soslayado con base en el principio de la sostenibilidad fiscal, por demás que el Estado es el encargado de asegurar “progresivamente” su goce efectivo, siendo necesario ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer derechos fundamentales, que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo para el logro de dichos objetivos públicos. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2018, indicó:

“El artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo en el artículo 334 de la Constitución el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal. En concordancia con esta disposición, la sostenibilidad fiscal debe guiar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Así mismo, el citado artículo preceptúa que bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

En este marco, dijo la Corte en la reciente sentencia C-051 de 2018, «obligaciones como la prevista en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ya no recaen de forma principal solo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como inicialmente se consideraba. Dado que las ramas y órganos del poder público tienen el deber de asumir la sostenibilidad fiscal como herramienta orientadora, también a todos corresponde la obligación, en el marco de sus funciones y competencias, de contribuir a prever la incidencia presupuestal de las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos y contribuir a asegurar la correspondiente sostenibilidad fiscal».

Con base en lo preceptuado en la norma constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal fue recogido en los artículos 5, literal i), y 6, inciso 2, literal i), de la LES. Conforme a estas normas, el Estado deberá, por un lado, «[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población» y, por otro, disponer, «por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del

derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal».

Sobre el particular, en la ya tantas veces citada sentencia C-313 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad de los literales mencionados. Al respecto, la Sala precisó que «resulta suficientemente claro que la sostenibilidad financiera no es solo una condición que permite el mantenimiento de la oportuna y adecuada prestación del servicio. Los efectos de la sostenibilidad pasan por aspectos tan significativos en la prestación del servicio como la cobertura. Una dificultad en la disponibilidad de recursos contrae la posibilidad de extender el servicio y/o mejorar la prestación del mismo para más personas».

Por consiguiente, la sostenibilidad fiscal, entendida como criterio orientador de las actuaciones de las Ramas del Poder Público en el Estado Social de Derecho, sí «puede dar lugar a una valoración desde la perspectiva de la proporcionalidad cuando quiera que, sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, se advierta que la respuesta de las autoridades (...) compromete de manera grave los recursos públicos, particularmente cuando tales recursos tienen una vinculación próxima con la inversión social, y, en general, con la atención de los fines prioritarios del Estado».

De este modo, la sostenibilidad fiscal obliga a considerar que ante la escasez de recursos disponibles para satisfacer los derechos fundamentales, es necesario garantizar que la política de gasto pueda mantenerse en el tiempo, para el logro de importantes objetivos públicos».

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Demandante: **MARGARITA ARÉVALO BARRAGÁN.**

Demandado: **CRUZ BLANCA E.P.S.**

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

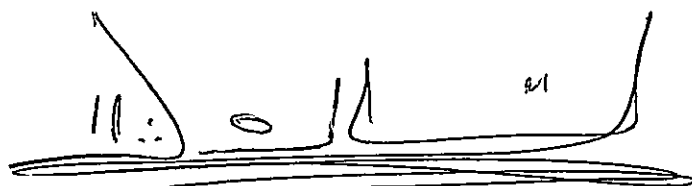
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310500120180063601
Demandante: **PATRICIA EUGENIA ZARABANDA DONOSO**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada **COLPENSIONES**, y a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de esta entidad, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **PATRICIA EUGENIA ZARABANDA DONOSO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos, enviar el detalle de traslado de aportes y a esta última a activar la afiliación de la actora y aceptar el traslado.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 8 de julio de 1962; 2) Realizó su primer aporte a pensión en el RPM el 22 de septiembre de 1987; 3) Se trasladó del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A., el 1° de mayo de 1995; 4) Luego se trasladó a Protección S.A., traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de diciembre de 2010; 5) En su lugar de trabajo se presentó un asesor de Colfondos, quien le informó que debía trasladar su aportes a ese fondo para salvaguardarlos, ya que el ISS sería liquidado, y que en ese fondo podría pensionarse a cualquier edad y sin tener en cuenta el número de semanas exigidas en el ISS, así mismo, que en ese fondo su mesada sería superior a la que recibiría en el ISS; 6) Colfondos S.A., no desplegó ninguna actividad de asesoramiento transparente y responsable a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen; 7) Mediante petición del 3 de julio de 2018, solicitó a Colfondos S.A. la nulidad de su afiliación, la cual fue negada mediante comunicación del 24 del mismo mes y año; 8) A través de petición del 9 de julio de 2018, solicitó a Protección S.A. la nulidad de su afiliación, la cual no ha sido respondida; 9) Con petición del 12 de julio de 2018, solicitó a Colpensiones la nulidad de su afiliación al fondo privado, petición que fue respondida el 13 del mismo mes y año de manera negativa.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

2.1. PROTECCIÓN S.A., (fls. 108 a 131), se opuso a las pretensiones incoadas contra esta entidad, proponiendo como excepciones de fondo las de improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por demostrarse la asesoría brindada por la AFP Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la

AFP, buena fe por parte de Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.

Indicó que el 15 de octubre de 2010 la actora presentó solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria a la AFP Protección S.A., momento en el que se le asesoró en debida forma por parte de los ejecutivos de esa entidad, lo cual se evidencia en la carta de validación de la asesoría.

Adujo que para la fecha de vinculación con esa AFP, la demandante contaba con 48 años, es decir, se encontraba inmersa en la prohibición de retornar a Colpensiones, por faltarle menos de 10 años para adquirir su derecho pensional.

Expuso que la demandante no cuenta con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, lo que le permitiría retornar al RPM en cualquier momento, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con 31 años y 122.86 semanas cotizadas.

2.2. COLFONDOS S.A. (fls. 148 a 150) se allanó a las pretensiones de la demanda, indicando que no se cuenta con soportes de la asesoría brindada a la demandante o una proyección de cálculo actuarial efectuada, así mismo, mencionó que cuando se suscribió el formulario de afiliación entre la demandante y esa AFP, ello se hizo de manera libre, voluntaria e informada, por lo que no existió un vicio del consentimiento, ni se le omitió información para obtener ningún beneficio por parte de Colfondos S.A.

2.3. COLPENSIONES (fls. 151 a 168), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Indicó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 pues se encuentra a 10 años o menos para alcanzar la edad para

pensionarse y que no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es posible si regreso al RPM en cualquier tiempo.

Precisó que, como quiera que la demandante manifiesta la falta de información al momento de su traslado de régimen, las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que, por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su expedición, por lo que no es dable alegar la ignorancia como excusa para atribuir a las AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante señora Patricia Eugenia Zarabanda Donoso, identificada con la C.C. No. 51.667.983 a través del fondo administrado por la sociedad demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora Patricia Eugenia Zarabanda Donoso, identificada con la C.C. No. 51.667.983 al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar los aportes efectuados por la demandante Patricia Eugenia Zarabanda Donoso, identificada con la C.C. No. 51.667.983 en el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos que se hubieren causado o el bono pensional a que hubiere lugar. (...)”

En síntesis, el *a quo* indicó que, la vinculación de la demandante al RAIS adoleció de la información suficiente, en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera a la actora trasladarse de régimen con plena libertad, en tanto correspondía a Colfondos S.A. informar las

consecuencias a futuro del traslado de régimen pensional para la demandante.

Citó las sentencias con radicados No. 68852 del 9 de octubre de 2019 y 56174 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia en la cual, dicha Corporación expuso que desde antes de surtir el traslado de RPM al RAIS, la AFP tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada la información suficiente, clara, comprensible y oportuna de las características de los regímenes y las consecuencias reales de abandonar al que se encontraba vinculada, entre ellos la pérdida del régimen de transición, además, que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993 en armonía con los artículos 13 literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

Adujo que, en este caso, el traslado de la demandante le trajo consecuencias desfavorables, esto es un grave perjuicio de su mínimo vital congruo lo que deviene de la información insuficiente que le fue suministrada en su momento por los fondos aquí demandados y que persistió en el tiempo, al no habersele advertido todo aquello que era de suma relevancia para que su traslado de régimen le fuera totalmente favorable, como se le presentó por el asesor en su debido momento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Precisó que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por el cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen pensional cuando le falten no menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez.

Refirió que, por la edad de la demandante, esta no cumple con los requisitos para acceder al RPM y de ahí la imposibilidad de trasladarse de régimen según la normativa citada anteriormente.

De manera subsidiaria, solicita se decrete a favor de Colpensiones el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas

abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, la anulación de los bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y los gastos de administración, según lo advierten las sentencias SL 8 de septiembre de 2008 radicado 31989, SL 17595 del 2017, SL 4989 del 2018 y 1421 del 2019, teniendo en cuenta que ello afecta el erario de Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 21 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de la parte demandante, quien reiteró lo expuesto en la demanda.

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)”.

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

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen

pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 09/05/1981 (fl 164); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 06/04/1995 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A (fl 26); **iii)** posteriormente, se trasladó de manera horizontal el 15/10/2010 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fl. 114) y **iv)** que los días 03, 09 y 12 de julio de 2018 (fls. 28, 49 y 50) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 26 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 06/04/1995 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados están en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, teniendo en cuenta que la demandante efectuó un traslado entre AFP del RAIS, esto es de Colfondos S.A. se trasladó a Protección S.A., conviene resaltar que, tal y como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el traslado efectuado entre administradoras del RAIS, por el paso del tiempo, la permanencia en la AFP o el pago de los aportes.

Frente a la solicitud elevada por COLPENSIONES al momento de sustentar su recurso, respecto de la devolución de la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los seguros previsionales y gastos de administración, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **se ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, ello debidamente indexado.

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

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

Código Único de Identificación: 11001310500120180063601
Demandante: **PATRICIA EUGENIA ZARABANDA DONOSO**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

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

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas, esto es Colfondos S.A. y Protección S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11001310500120180063601

Demandante: **PATRICIA EUGENIA ZARABANDA DONOSO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

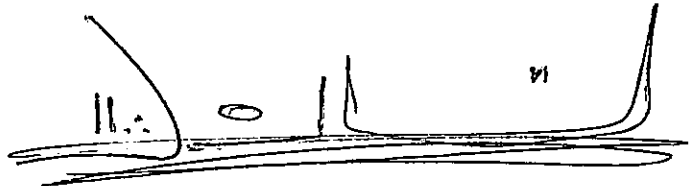
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto!

Código Único de Identificación: 11001310500120190080301

Demandante: **IRMA CONSUELO ARIAS RUIZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

Téngase por reasumido el poder por el Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **IRMA CONSUELO ARIAS RUIZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante el día 1° de agosto de 2006 del ISS a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a esta última a recibirla sin solución de continuidad y a efectuar todas las acciones tendientes a anular dicho traslado.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 8 de febrero de 1967; 2) Cotizó al ISS un total de 161.57 semanas; 3) El 1° de agosto de 2006, cotizando como trabajadora dependiente, se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), mediante afiliación a Porvenir S.A.; 4) El cambio de régimen no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió; 5) Porvenir S.A. no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; 6) El 21 de mayo de 2019 solicitó a Porvenir S.A. la nulidad de su traslado; 7) El 16 de mayo de 2019 presentó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando su traslado de régimen.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 42 a 59), se opuso a las pretensiones incoadas contra esta entidad, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Indicó que, revisado el expediente administrativo se observa que la demandante no elevó solicitud alguna concerniente al traslado, que hubiera podido solicitar ante Colpensiones sobre información sobre las diferencias entre los regímenes con anterioridad al año 2019, situación que permite establecer que, para la fecha en que elevó la solicitud de nulidad de traslado, la accionante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 pues ya contaba con 53 años y no contaba con los 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, pues para dicha data tenía 35 años y había realizado aportes por menos de 750 semanas o 15 años de servicios.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 79 a 121), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

En resumen, adujo que la parte demandante pretende que se declare la nulidad absoluta del acto jurídico, por lo que debió acreditar cualquiera de las eventualidades que en forma expresa establece el artículo 1741 del Código Civil, esto es que el acto contenía un objeto o causa ilícita, o que el afiliado era un incapaz absoluto al momento de realizar el cambio, por cuanto en los demás casos, como lo establece la ley, cualquier eventual irregularidad sería de las denominadas relativas.

Indico que en este caso no están configurados los supuestos de hecho que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para su aplicación y que la demandante suscribió la solicitud de vinculación No. 11617232, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54A del CPTSS.

Resaltó que en el presente caso no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de

régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento la afiliada fuera incapaz absoluta.

Finalizó diciendo que, para la fecha en que la parte demandante se afilió voluntariamente a esa AFP, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica para que esa entidad le impidiera ejercer su derecho de libre elección de cambiar de régimen.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante señora Irma Consuelo Arias Ruiz, identificada con la C.C. No. 39.541.367 a través del fondo administrado por la sociedad demandada Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora Irma Consuelo Arias Ruiz, identificada con la C.C. No. 39.541.367 al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A. a trasladar los aportes efectuados por la demandante Irma Consuelo Arias Ruiz, identificada con la C.C. No. 39.541.367 en el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos que se hubieren causado o el bono pensional a que hubiere lugar. (...)”

En síntesis, el *a quo* indicó que, la vinculación de la demandante al RAIS no se vislumbra provista de constreñimiento de la voluntad de la actora, pero sí adoleció de la información suficiente, en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera a la actora trasladarse de régimen con plena libertad, en tanto correspondía a Colfondos S.A. informar las consecuencias a futuro del traslado de régimen pensional para la demandante.

Citó la sentencia con radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019 de la Corte Suprema de Justicia y adujo que, en este

caso, el traslado de la demandante le trajo consecuencias desfavorables, esto es un grave perjuicio de su mínimo vital congruo lo que deviene de la información insuficiente que le fue suministrada en su momento por los fondos aquí demandados y que persistió en el tiempo, al no habersele advertido todo aquello que era de suma relevancia para que su traslado de régimen le fuera totalmente favorable, como se le presentó por el asesor en su debido momento.

Citó la sentencia con radicado No. 56174 del 2019, que enfatizó el deber de las AFP de brindar información clara, comprensible y suficiente a los afiliados no solo en lo favorable sino principalmente en lo desfavorable, situación que no se dio en el presente asunto, pues los fondos demandados omitieron ese deber de dar información completa a la aquí demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que la decisión proferida en primera instancia atenta contra dos principios fundamentales del derecho como lo son el de inescindibilidad de las normas y el de confianza legítima, pues en el fallo apelado se dijo que a la accionante se le generaron falsas expectativas con la información se le dio, sin embargo, ello genera curiosidad, ya que la demandante, en su interrogatorio de parte dijo que nunca se le había dado ningún tipo de información y que fue simple y llanamente trasladada por cambio de curador, con lo que surge una pregunta: ¿qué expectativas se le dieron si supuestamente no recibió información?. Ello demuestra la aplicación automática de la jurisprudencia, lo que va en contra del debido proceso y el análisis que se debe hacer de cada caso particular como lo establece la Corte Suprema de Justicia.

Indicó que, si se va a aplicar el precedente jurisprudencial, ello debe hacerse de manera completa, donde también se debe probar el daño que se causó, recordando que ese monto de la mesada pensional no es un daño propiamente, pues este lo establece la ley y se está propendiendo por una responsabilidad objetiva, pues en la sentencia se dice que no se acreditó la información para la época del traslado porque no se allegaron pruebas en tal sentido, pero es claro que para esa época, esto es el año 2006, el requisito solo era firmar el formulario de afiliación, siendo este el requisito *sine qua non* y que no se

obligaba a dejar ningún otro elemento, debiéndose conservar el formulario, lo cual se hizo por más de 10 años.

Expuso que se le está obligando a la entidad a alegar pruebas que para la época no establecía la ley, contrario a lo que establece el artículo 230 de la Constitución, que obliga a todos y en especial a los jueces a establecerse en el impero de la Ley, sin embargo, dentro de la parte motiva no hay referencias normativas, sino solo jurisprudenciales, máxime cuando la jurisprudencia se debe aplicar cuando no existan normas en concreto y estas sí existen.

Recordó que la sentencia C 345 de 2017 de la Corte Constitucional ha establecido qué es la ineficacia, indicando que esta funciona en dos sentidos, uno amplio y uno estricto, siendo el primero la consecuencia jurídica de la nulidad, inexistencia e incluso la misma ineficacia en sentido estricto, y la ineficacia en sentido estricto que se establece cuando las normas taxativamente traen este efecto sobre supuestos de hecho.

Por lo anterior, dijo, se debe acudir a los Decretos que hablan de los deberes de información para el año 2006, que son la Ley 100 de 1993, el Decreto 693 de 1993 y el Decreto 714, que en ninguna parte dicen que la omisión al deber de información trae como consecuencia jurídica la ineficacia del traslado en sentido estricto, en ese orden de ideas sea trae un “malabar jurídico” y se establece el artículo 271 de la ley 100 del 93 que habla de es aspectos de fuerza o dolo que impidan la libre escogencia del régimen o cualquier entidad dentro del régimen de seguridad social, elementos que dentro del proceso no se lograron probar.

Finaliza diciendo que, la prescripción se debe aplicar frente a los gastos de administración, pues estos son emolumentos netamente económicos y no revisten la protección de imprescriptibilidad del artículo 48 de la Constitución y como son emolumentos netamente económicos prescriben porque los gastos de administración son gastos que el artículo 20 de la Ley 100 establece y se descuentan en uno y en otro régimen.

COLPENSIONES

Indicó que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 del 93, que indica que el afiliado no podrá trasladarse de régimen pensional cuando a

este le falten no menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez, además resulta importante que se contemple que por la edad la demandante no cumple con los requisitos para acceder al RPM y de ahí la imposibilidad de trasladarse de régimen.

Solicitó se evalúe el caso concreto contemplando la sentencia SL 3752 de 2020 respecto de la dinámica litigiosa de los procesos donde se pretenden la nulidad del traslado, que se trata de discusiones eminentemente casuísticas que no pueden convertirse en reglas generales de criterios sin consideraciones intrínsecas atadas a lo que se ponga en manifiesto dentro del litigio, en este orden de ideas es dable concluir que aun cuando no hay certeza que si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de pertenecer al régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y asignación y cambios de clave, entre otros.

Expuso que en este caso es evidente la contradicción establecida dentro del interrogatorio de parte de la demandante donde inicialmente expresa que no recibió ningún tipo de información por parte de asesor al momento del traslado, que no le dijeron absolutamente nada y cuando es interrogada por Porvenir S.A. menciona que le brindaron información diciendo que el ISS se acabaría, lo que conlleva una contradicción sobre si realmente recibió o no una asesoría por parte del fondo, adicionalmente, Porvenir S.A. le ha enviado mensualmente todos sus informes de saldo de la cuenta de ahorros que tiene.

Subsidiariamente, y de no acoger sus argumentos, solicita se decrete a su favor el reintegro de la totalidad de cotizaciones, esto es los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, la anulación de los bonos pensionales porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y los gastos de administración según lo advierte la sentencia de la CSJ SL 8 de septiembre del 2008 radicado 31989, SL 17595 del 2017, 4989 del 2018, 1421 del 2019 teniendo en cuenta que eso afecta el erario de Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Porvenir S.A., quien reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso interpuesto.

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una

responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

Demandante: IRMA CONSUELO ARIAS RUIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o

usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen

pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/01/1995 (fl 12 y 59); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/06/2006 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 98 vto); y **iii)** los días 16 y 21 de mayo de 2019 (fls. 16 y 19) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folio 98 (vto) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23/06/2006 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que PORVENIR SA. tiene la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, sin que sea de recibo el argumento presentado por esta entidad al momento de sustentar su apelación, pues no se le está obligando a dejar otro elemento que pruebe la información, pues se reitera, ello pudo haberlo hecho con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación procesal, sin que ello hubiere ocurrido.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir S.A. que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

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

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de

reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **se ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de

administración, comisiones y cualquier otro recibido, ello debidamente indexado.

Ahora bien, uno de los puntos de los recursos presentados tiene que ver con el interrogatorio de parte rendido por la actora, para lo cual, la Sala se remite a lo expuesto en dicha diligencia, concluyendo que de dicho interrogatorio no se desprende de forma alguna que a la demandante se le hubiera brindado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y menos aún desprende confesión que pueda perjudicar a la demandante, con lo que no puede decirse que la señora Arias Ruíz hubiere recibido la información clara, precisa y veraz que debió habersele dado por parte de Porvenir S.A. al momento en que efectuó el traslado a esa entidad.

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

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

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

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Código Único de Identificación: 11001310500120190080301

Demandante: **IRMA CONSUELO ARIAS RUIZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

X. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

XI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

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

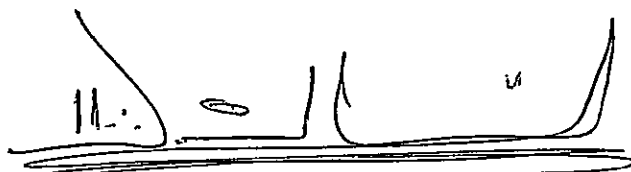
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00493 -01
Demandante: **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada, así como conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago del retroactivo de su pensión de vejez especial por invalidez, a partir del 17 de agosto de 2015, junto con los respectivos intereses moratorios, e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta:

1) El 19 de julio de 2017, COLPENSIONES calificó la pérdida de capacidad laboral del accionante en un 73,7% con fecha de estructuración 08 de marzo de 2017; **2)** Interpuso los recursos de reposición y de apelación; **3)** El 23 de febrero de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez dispuso que la fecha de estructuración de la invalidez del accionante era el 17 de agosto de 2015; **4)** El 12 de marzo de 2018, COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación contra el dictamen proferido por la entidad; **5)** Para 2018 contaba con 1300 semanas; **6)** El 14 de abril de 2018 solicitó pensión de vejez especial por invalidez, empero, fue negada mediante Resolución SUB 232864 de 2018; **7)** Impetró acción de tutela el 19 de septiembre de 2018, la que fue negada en primera instancia, pero fue revocada por parte del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, el 15 de noviembre de 2018; **8)** El 18 de octubre de 2018, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez confirmó la fecha de estructuración establecida por la Junta Regional de calificación de Invalidez; **9)** El 25 de octubre de 2018 solicitó nuevamente la prestación, la que fue reconocida a través de la Resolución SUB 311557 de 2018, a partir del 01 de diciembre de 2018 en cuantía de \$781.242; y **9)** El 11 de diciembre de 2018 solicitó su retroactivo desde el 17 de agosto de 2015, pero no ha sido reconocido.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 88 a 96), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica.

Expuso que el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral mediante sentencia de tutela, dejó en suspenso el reconocimiento del retroactivo, estableciendo que debía acudir a la jurisdicción ordinaria a solicitarlo; que no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que no ha incurrido en mora en el reconocimiento de mesadas pensionales, por demás que no resultan procedentes en pensiones ajenas a la Ley 100 de 1993; y que se debe tener presente que el accionante no demostró su desafiliación al sistema de seguridad social, circunstancia que tampoco permite la actualización de un retroactivo que no surgió a la vida jurídica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

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

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante, un retroactivo pensional causado por motivo de la pensión de invalidez por valor de \$31.450.587. Se autoriza a la demandada para descontar de este retroactivo los aportes al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas que componen dicho retroactivo desde el 26 de febrero de 2019 y hasta el pago efectivo del retroactivo pensional.

TERCERO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes como agencias en derecho.

En síntesis, refirió que para que haya lugar a la pensión de vejez anticipada por deficiencia es necesario que el afiliado presente una deficiencia del 50%, no de su pérdida de capacidad laboral, por lo que al tener una deficiencia del 46,10%, se está frente a una mera pensión de invalidez; que entre el 17 de agosto de 2012 y el 17 de agosto de 2015, el actor acumula más de 50 semanas; que la pensión de invalidez debe reconocerse desde el

momento en que opere tal estado, es decir, la fecha de estructuración; y que por lo anterior, la prestación se debió reconocer a partir del 17 de agosto de 2015.

Indicó que hay lugar a intereses moratorios, como quiera que no se presenta ninguna justificación para no efectuar el reconocimiento pensional; y que sólo con la reclamación del 25 de octubre de 2018, se encontraban reunidos todos los elementos para reconocer la prestación, por lo que los intereses moratorios se deben pagar a partir del 26 de febrero de 2019 hasta que se haga efectivo el pago de la pensión.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

COLPENSIONES.

Expuso que la entidad actuó de conformidad con la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, quien dispuso que se dejaba en suspenso el retroactivo pensional, siendo potestad del actor acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el mismo; que fue por lo anterior que la entidad se abstuvo de reconocer el retroactivo pensional, pues no se omitió al pago, se dio cumplimiento a la sentencia y se le indicó al actor que debía acudir a la jurisdicción ordinaria, por lo que su actuar ha estado revestido de buena fe y, por ende, no resultan procedentes los intereses moratorios ni las costas.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021 se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00493 -01
Demandante: **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

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

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si es dable reconocer un retroactivo pensional a partir del 17 de agosto de 2015; y si resultan procedentes los intereses moratorios.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR DEFICIENCIA FÍSICA, SÍQUICA O SENSORIAL.

El inciso 1 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que **padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más**, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”. (Negrillas por la Sala).

Frente a la interpretación de tal norma, la H. Corte Constitucional en sentencia T-007 de 2009, tuvo la oportunidad de resaltar las reglas propias de tal tópico, pero, además, pudo señalar las diferencias entre las varias clases de pensiones, así:

“La Corte advierte que la pensión anticipada de vejez tiene algunos rasgos similares a las pensiones de vejez y de invalidez. Sin embargo, constata que son tres clases diferentes de pensiones, razón por la cual es preciso establecer cuáles son las diferencias entre la una y las otras.

5.2. La pensión anticipada de vejez se diferencia de la pensión ordinaria de vejez en tanto exonera al solicitante del cumplimiento del requisito de edad contemplado en el numeral 1° del artículo 33. La razón de esa exoneración radica en el hecho de que la persona presenta una *deficiencia* igual o superior al 50%.

De otro lado, aunque esta pensión anticipada exige que se hayan cotizado 1000 o más semanas (igual que en la pensión de vejez), la diferencia con relación a este punto se encuentra en que en la pensión de vejez, con el transcurso de los años, las semanas exigidas para acceder a esta prestación irán aumentando hasta llegar a 1300, particularidad que no se observa en la pensión anticipada.

5.3. Respecto de la pensión de invalidez, cabe precisar lo siguiente:

El Decreto 917 de 1999 contiene el Manual Único para la Calificación de la Invalidez. En su artículo 7°, literal a), estipula lo que debe entenderse por *deficiencia*. Dice:

“Artículo 7°. CRITERIOS PARA LA CALIFICACION INTEGRAL DE INVALIDEZ. Para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos de la siguiente manera:

a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.” (Subrayas añadidas).

Según el artículo 8° del citado Decreto, el valor o puntaje máximo señalado para calificar la deficiencia en una persona es de cincuenta (50). Dice la norma:

Demandante: **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

“ARTÍCULO 8°.- DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN TOTAL DE LA INVALIDEZ. Para realizar la calificación integral de la invalidez, se otorga un puntaje a cada uno de los criterios descritos en el artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

[...] Parágrafo 1. Cuando no exista deficiencia o su valor sea cero (0) no podrá calificarse la discapacidad ni la minusvalía. Por tanto, la pérdida de la capacidad laboral resultante se reportará con un valor de cero (0). (...)(subraya fuera de texto).

Como se puede observar, el Decreto señala que la deficiencia es uno de los criterios para la calificación integral de la invalidez, junto con la discapacidad y la minusvalía. Y que cada uno de estos criterios tiene un puntaje máximo, y la sumatoria de todos ellos determina la pérdida de la *capacidad laboral* de la persona.

A simple vista, entonces, puede apreciarse que, de los tres criterios necesarios para calificar la invalidez, la pensión especial exige la concurrencia de uno solo de ellos, y en un porcentaje igual o superior al 50%. En ese sentido, la deficiencia se convierte en una condición clave para diferenciar esta prestación de la pensión de invalidez, ya que esta última exige la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, pérdida que se determina, se reitera, con la sumatoria de los tres criterios señalados en el Manual Único.

[...] Otro aspecto relevante para distinguir la pensión especial anticipada, de la de invalidez, radica en que en la primera de las prestaciones, el legislador no señaló cuál debía ser el origen de la deficiencia, lo que significa que la misma puede ser consecuencia de cualquier tipo de enfermedad, accidental o voluntaria. Situación que no se permite en la pensión de invalidez, pues la norma establece claramente que la causa de la pérdida de la capacidad laboral debe provenir de una enfermedad o accidente no profesional o que la misma no haya sido provocada intencionalmente por el afiliado.

En cuanto a la exigencia del número de semanas cotizadas por parte del asegurado para acceder a la prestación solicitada, se observan las siguientes diferencias. En la pensión de invalidez, la Ley establece un número de cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de la invalidez. Situación distinta en la pensión especial anticipada del parágrafo 4 del artículo 33, pues el afiliado debe tener cotizadas, mil semanas en cualquier época, continuas o discontinuas, independientemente de la fecha en que se haya estructurado la deficiencia”.

Por lo anterior, la pensión anticipada o *especial* de vejez de que trata el parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, tiene su razón de ser en que atiende las necesidades de cubrimiento en seguridad social de un segmento de población

que, de manera que, es una pensión de vejez anticipada por una particular condición de salud que **se reconoce cuando una persona padece “una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más”**, por lo que en tal entendido, el legislador, para este tipo de prestación lo que ampara es únicamente la “deficiencia”.

Con similares argumentos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse a través de la sentencia SL1037-2021 la que fue reiterada en sentencia SL2681-2021, determinó:

“En ese orden, la pensión a que se refiere el parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, obedece a las características y al contexto específico que sostuvo la sentencia CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 40921, que la Corte ahora reitera y que la diferencian, tanto de la pensión de invalidez, como de la pensión ordinaria o común de vejez.

La Corte Constitucional, en sentencia CC T-007-2009, al dirimir un caso particular en el cual a una persona le había sido negada la prestación porque aparentemente no satisfacía el porcentaje de deficiencia física, síquica o sensorial requerido por la norma, tuvo la oportunidad de resaltar las reglas propias de tal tópico, pero, además, pudo señalar las diferencias entre las varias clases de pensiones, así:

(...) Por lo anterior, La pensión anticipada o *especial* de vejez de que trata el parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, tiene su razón de ser en que atiende las necesidades de cubrimiento en seguridad social de un segmento de población que, como se ha explicado, no satisface, en principio, los requisitos para las pensiones ordinarias del sistema general o, incluso, la otorgada por riesgos laborales.

Fue una innovación de la Ley 797 de 2003, sin que pueda entenderse que se trata de una suerte de prestación *puente* o un *estadio intermedio* entre la pensión de invalidez y la común de vejez, es sencillamente, una pensión de vejez anticipada por una particular condición de salud.

No obstante, no es dable desconocer que la pensión de invalidez y la anticipada de vejez comparten un elemento común, por cuanto ambas exigen el cumplimiento de un requisito relacionado con la situación de salud, situación que, se repite, no genera entre éstas una relación o interacción conceptual. Para la primera de las prestaciones mencionadas la deficiencia, discapacidad y minusvalía debe ser superior al 50% y, para la segunda de ellas, sólo es observable el concepto de deficiencia

que debe ser del 50%, calculado como se indicó en la sentencia T-007-2009.

La permanencia de la condición que da lugar al otorgamiento de las prestaciones debe ser verificada, para el primer caso, esto es la pensión de invalidez, con las reglas del artículo 44 de la Ley 100 de 1993, por estar así dispuesto expresamente; pero para la segunda, esto es, la pensión anticipada de vejez por deficiencia, no hay norma expresa que lo regule, de donde, en criterio de esta Sala, resultan aplicables, pero por analogía, los dichos preceptos que regulan la primera en lo pertinente. De allí que, por la circunstancia anotada, la temporalidad que corresponde a la naturaleza jurídica de cada una de estas prestaciones, sea una razón adicional para considerar que la de invalidez no es transformable o mutable en la de vejez anticipada”.

FECHA DE RECONOCIMIENTO.

Como quiera que se trata de una pensión de vejez, considera la Sala que la fecha de reconocimiento de la prestación se supedita a la desafiliación, recuérdese que el **artículo 13¹** del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos; que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma; y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo:

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias SL6159-2016 y SL5515-2016). Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, de manera que

¹ **“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”.

cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional. Así lo dijo, en la aludida sentencia SL4073-2020:

“Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender. En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adoctrinado que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada. Así se adoctrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:

De conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, en principio, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Esos preceptos resultan aplicables al sub lite, por tratarse aquí de una prestación concedida bajo esos reglamentos, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, esta Sala de la Corte en varias de sus jurisprudencias ha morigerado el alcance de esas disposiciones, entre ellas, cuando del comportamiento del asegurado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015; y CSJ SL5603-2016).

En sentencia CSJ SL5603-2016, la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.

(...) Al examinar el acervo probatorio allegado al plenario, advierte la Sala que a f.º 19, obra el documento de identidad del actor, que da cuenta de que nació el 28 de agosto de 1949, por los que los 60 años los cumplió el 28 de agosto de 2009.

Igualmente, reposa el reporte de semanas cotizadas en el cual se consigna como último aporte el registrado el 30 de agosto de 2009 (f.º 110 - 120), y este dato se corrobora, además, en la Resolución n.º 000749 del 14 de enero de 2011, expedida por el ISS (f.º 20 - 22), fecha que indudablemente debe considerarse como aquella en la que se desafilió el actor del sistema de pensiones, como ya se dijo en sede extraordinaria, pues al haber satisfecho los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en aplicación del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 4.º de la Ley 797 de 2003, cesó la obligación de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, con independencia de que su vínculo laboral con el Banco de Bogotá, estuviera vigente (f.º 51)

En ese orden, el goce del derecho pensional se debió producir desde el 01 de septiembre de 2009". (Subrayado por la Sala).

VII. DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Luis Noe Peralta Alarcón nació el 11 de abril de 1956 (fl. 9).
- ii) El demandante laboró para la Industria Militar del 19 de abril de 1977 al 15 de febrero de 1995, alcanzando al 31 de marzo de 1994 – pues el 01 de abril de 1994 fue afiliado a COLPENSIONES-, 884,43 semanas (fls. 21 a 31).
- iii) El demandante cotizó a COLPENSIONES un total de 498,88 semanas, siendo la última cotización la de noviembre de 2013 (fls. 32 a 36).
- iv) El 19 de julio de 2017 COLPENSIONES profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral estableciendo que el accionante tenía una pérdida de capacidad laboral del 73,70%, con fecha de estructuración del 08 de marzo de 2017 (fls. 10 a 13).
- v) El 08 de agosto de 2017 el actor interpuso los recursos de reposición y de apelación contra la calificación

efectuada por COLPENSIONES, en lo referente a la pérdida de capacidad laboral (fl.14).

- vi) El 23 de febrero de 2018 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que la fecha de estructuración de la invalidez del actor era del 17 de agosto de 2015 (fls. 15 a 18).
- vii) El 09 de abril de 2018 COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la decisión de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (fl.20).
- viii) El 14 de abril de 2018 el demandante solicitó pensión especial de vejez por invalidez, la que fue negada mediante la Resolución SUB 232864 del 04 de septiembre de 2018, por cuanto el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca no se encontraba en firme (fls. 37 a 41).
- ix) El 19 de septiembre de 2018 interpuso acción de tutela para lograr el reconocimiento de una pensión de vejez por invalidez, la que fue negada en primera instancia, pero que fue revocada el 15 de noviembre de 2018 por parte del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, ordenando pagar a favor del accionante la pensión de vejez por invalidez y dejando en suspenso el reconocimiento del retroactivo pensional y estableciendo que el juez podrá acudir a la justicia ordinaria a solicitarlo (fls. 42 a 49 y 56 a 66).
- x) El 17 de octubre de 2018 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez confirmó la fecha de estructuración establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (fls. 50 a 54).
- xi) El 25 de octubre y el 27 de noviembre de 2018 el actor solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez por invalidez (fls.55, 67 y 68).

- xii) Mediante la Resolución SUB 311557 del 29 de noviembre de 2018 COLPENSIONES efectuó el reconocimiento de una pensión de vejez por invalidez a partir del 01 de diciembre de 2018, en cuantía de \$781.242, en cumplimiento de la orden de tutela efectuada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral el 15 de noviembre de 2018 (fls. 69 a 75).
- xiii) El 11 de diciembre de 2018 el actor solicitó el reconocimiento de su prestación a partir del 17 de agosto de 2015 (fl.76).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que al accionante le fue reconocida la pensión que requirió a través de derecho de petición y de tutela, prestación que no fue otra que la del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, la pensión especial de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial.

Ahora bien. Debe recordarse que, la prestación aludida se reconoció como consecuencia de una orden de tutela, sobre la que debe advertirse hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, por lo que, el juez ordinario estaba vetado para referirse a los fundamentos de tal decisión e inclusive de mutar la naturaleza de la prestación; en efecto, el fallo de tutela que ampara de manera definitiva derechos fundamentales, hace tránsito a cosa juzgada, lo cual se proyecta a la jurisdicción ordinaria e impide que ésta trate nuevamente y decida un asunto ya definido desde el prisma de la Constitución Nacional, en consecuencia, los poderes públicos se ubican en unas estructuras institucionales que las obligan a ser respetuosas de las decisiones judiciales proferidas por otras autoridades, así no compartan su pensamiento o tesis. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15882-2017, señaló:

Demandante: **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

“Hoy la legalidad se incorpora en la constitucionalidad y, por consiguiente, debe aceptarse que la cosa juzgada constitucional de los fallos de tutela definitivos –no transitorios- impide que la jurisdicción ordinaria vuelva a tratar y decidir un asunto definido en sede constitucional.

De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.

Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho”

Así mismo, en decisión SL2165-2019, se ratificó que:

“En ocasiones anteriores, esta Corporación ha sostenido que los poderes públicos se ubican en unas estructuras institucionales que las obligan a ser respetuosas de las decisiones judiciales proferidas por otras autoridades, así no compartan su pensamiento o tesis. Esto aplica no solo en relación con el deber de acatamiento de la rama ejecutiva, legislativa y demás órganos a las sentencias de los jueces, sino también el respeto de las propias autoridades judiciales a lo resuelto por otros jueces. De ahí que cuando un asunto sea definido por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, las otras cortes deben observar lo resuelto por sus pares.

Precisamente, en la sentencia CSJ SL15882-2017 esta Sala expresó que los fallos de tutela con efectos de cosa juzgada constitucional se proyectan en el proceso ordinario. Y si en virtud de esas dinámicas institucionales, la jurisdicción ordinaria laboral acata lo resuelto previamente por la jurisdicción constitucional, ello de ninguna manera significa que la Corte Suprema de Justicia necesariamente suscriba ese criterio, ni mucho menos esta circunstancia implica la pérdida o debilitamiento de su carácter de máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria laboral y, por tanto, de su rol de unificador de la jurisprudencia nacional y creador de doctrina vinculante en su respectiva jurisdicción”.

Por tanto, es claro que el reconocimiento de una pensión especial de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial se encontraba en firme, por lo que el estudio para determinar si

procedía o no el retroactivo se debía efectuar desde de las reglas que gobiernan esta institución, y no desde la pensión de invalidez.

Así las cosas, la Sala se remite a la historia laboral de Colpensiones para determinar si se efectuó acto de retiro, encontrándose que el accionante cotizó hasta noviembre de 2013 sin efectuar su correspondiente desafiliación, por lo que lo procedente es establecer si es dable inferir de allí su acto de desafiliación, circunstancia que a juicio de la Sala sí aparece demostrada, pues además que efectuó cotizaciones hasta noviembre de 2013, para tal fecha acumulaba 1383,31 semanas entre tiempos públicos y privados, de manera que, en tal sentido, únicamente estaba a la espera de su edad pensional; circunstancia que se vio truncada al quedar en situación de invalidez a partir del 17 de agosto de 2015, fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, considera la Sala razonable reconocer la prestación desde el **17 de agosto de 2015**, fecha para la cual el accionante había dejado de cotizar, cumplía la densidad de semanas, y se estructuró invalidez. Por tanto, el **retroactivo** causado se debió reconocer desde el 17 de agosto de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2018, última fecha que se fija como quiera que la prestación se reconoció a partir del 01 de diciembre del mismo año.

De esta manera, y efectuada la correspondiente deflactación de la mesada, tenemos que el valor del retroactivo asciende a la suma de **\$31'211,515,45**, rubro inferior al impuesto por el A Quo, **\$31.450.587**, por lo que se modificará en virtud del grado jurisdiccional de Consulta. Las operaciones de rigor son las siguientes:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00493 -01
Demandante: **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

MESADA DEFLACTADA				
Año	Incremento (%)	Pensión	Mesadas	Valor anual
2.015		\$ 664.754,53	5,47	\$ 3.633.991,44
2.016	6,77%	\$ 709.752,36	13	\$ 9.226.780,64
2.017	5,75%	\$ 750.544,72	13	\$ 9.757.081,37
2.018	4,09%	\$ 781.242,00	11	\$ 8.593.662,00
TOTAL				\$ 31.211.515,45

De la misma manera se encuentra que no operó la excepción de **prescripción**, ya que, la exigibilidad de la prestación nació con el reconocimiento pensional de Colpensiones, el que se efectuó mediante Resolución SUB 311557 del 29 de noviembre de 2018, y se demandó el 23 de julio de 2019 (fl.82).

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

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

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición.

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no

depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepcionales ha aceptado que no son precedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el *sub examine*, la Sala encuentra que mediante sentencia de tutela del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral del 15 de noviembre de 2018 se dispuso en el numeral tercero:

“TERCERO: DEJAR EN SUSPENSO el retroactivo pensional generado con ocasión de la pensión especial de vejez por invalidez, siendo potestad del actor acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral a reclamar el derecho al mismo, por el procedimiento y ante el Juez natural correspondiente”.

En ese orden de ideas, es claro que COLPENSIONES dio cumplimiento a lo que le fue ordenado mediante tutela, y que el retroactivo pensional que se reconoce a través de esta sentencia estaba en suspenso por mandato del juez constitucional, por lo que en tal sentido, la administradora del régimen de prima media no podía efectuar el reconocimiento del retroactivo objeto de condena, de ahí que su postura frente a su pago estaba cobijada por una decisión judicial, lo que a juicio de la Sala permite absolver a la entidad de la condena por concepto de intereses moratorios; no obstante, se ordenará que el retroactivo que se reconoce se pague debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago, pues su valor ha estado sometido a

depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

En consecuencia, se **REVOCARÁ el numeral segundo** de la sentencia, y en su lugar se **ABSOLVERÁ** a COLPENSIONES del reconocimiento de intereses moratorios. Igualmente, se adicionará el numeral primero de la sentencia, en el sentido establecer que el retroactivo del 17 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de 2018, se debe reconocer debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago.

COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de COLPENSIONES, es tal entidad la llamada a asumir tal carga.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia en el sentido de establecer que por concepto de retroactivo del 17 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2019-00493 -01
Demandante: **LUIS NOE PERALTA ALARCÓN.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

agosto de 2015 al 30 de noviembre de 2018, se debe pagar la suma de **\$31'211,515,45**, rubro que se debe reconocer debidamente **indexado** al momento en que se haga efectivo su pago.

SEGUNDO. - **REVOCAR el numeral segundo** de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de intereses moratorios.

TERCERO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310500720180061601

Demandante: **LUZ MAGALLY PÉREZ RODRÍGUEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

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

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) LINDA VANNESA BARRETO SANTAMARIA, identificado (a) con C.C. No. 1.013.637.319 y T.P. No. 280.300 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ MAGALLY PÉREZ RODRÍGUEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare nula y/o inválida la afiliación efectuada por la demandante a Colfondos S.A. el 1° de noviembre de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. trasladar los aportes y rendimientos que obren en su historia laboral y a esta última a que la reciba y acredite el tiempo cotizado ante Colfondos S.A.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) El 11 de noviembre de 1994 realizó traslado a Colfondos S.A., sin que esa entidad hubiere dado información sobre las condiciones del régimen de ahorro individual (en adelante RAIS); 2) En el traslado no se respetó el término de permanencia establecido legalmente; 3) Nunca se expusieron las consecuencias adversas que podía representar el traslado de régimen para aquellos servidores que ya contaban con una expectativa legítima en el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD); 4) Se omitió informarle y explicarle de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado de pensiones; 5) Fue inducida a error por parte de Colfondos S.A., ya que nunca se puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos que su decisión de traslado de régimen podría tener en su derecho pensional; 6) A la fecha se encuentra afiliada a Colfondos S.A., entidad que la pensionará con una mesada que no cubre su mínimo vital; 7) De pensionarse en el RPMPD, su mesada sería superior a la reconocida por la AFP.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 79 a 106 – Archivo 01), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, la accionante contaba con 33 años pues nació el 21 de agosto de 1960, así como tampoco alcanzaba a completar las 750 semanas o 15 años de servicios, pues para dicha data contaba con 173.86 semanas, por lo cual, no es beneficiaria del régimen de transición.

De otro lado, adujo que para el 21 de mayo de 2018, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el traslado, contaba con 57 años, es decir, ya contaba con la edad requerida en el RPMPD para acceder a la pensión de vejez, encontrándose inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Con lo anterior, dice, la demandante no cumple con los requisitos para solicitar su traslado al RPMPD, ya que no cumple con los requisitos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y tampoco con los señalados en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, al no ser beneficiaria del régimen de transición.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de Colfondos S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

COLFONDOS S.A. (fl. 83 Archivo 01) se allanó a las pretensiones de la demanda, indicando que para la fecha de afiliación de la actora, las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que no cuentan con soportes físicos de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial efectuada.

Destacó que dicha información no reposa en la compañía porque para la fecha en que la parte demandante se afilió a Colfondos S.A., no existía la obligatoriedad de conservar documentos diferentes al formulario de afiliación, que dieran fe de la asesoría explícita que se brindaba, pues la obligación para las AFP de conservar documentación diferente al formulario de afiliación nace con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y la afiliación de la actora se suscribió muchos años antes de la expedición de la mentada norma.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Luz Magally Pérez Rodríguez a la AFP Colfondos S.A., el 13 de octubre de 1994, según el formulario No. 347703.

SEGUNDO: ORDENAR a Colfondos S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Luz Magally Pérez Rodríguez, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: Igualmente, Colfondos S.A. debe incluir todos los gastos de administración, comisiones o cualesquiera otros emolumentos que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: Ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS en el año 1986.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. (...)”

En síntesis, el *a quo* indicó que, respecto a la información que debe ser garantizada por parte de las AFP al momento de tramitar el traslado de los afiliados del RPM al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de septiembre de 2018, ha dejado por sentado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación del disfrute de las condiciones pensionales.

Adujo que, en armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993 en el numeral 1° del artículo 97, estableció la obligación de las entidades de suministrar información a los usuarios de los servicios que prestan, la cual resultan necesaria para tener mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Conforme lo anterior, dijo, desde su fundación las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de la información suficiente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses; así mismo, la información necesaria a la luz del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensión, lo que implica un parágón entre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Para el caso particular, expuso, que para el 1° de abril de 1994 la demandante contaba con 33 años y 173.86 semanas cotizadas, no siendo beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ni de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el traslado de régimen en cualquier tiempo, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

ha establecido que el deber de información consagra garantías en favor de los afiliados, por lo que las AFP deben suministrar oportunamente información clara, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si se tiene o no un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, dado que el deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

Indicó que, si la demandante alega que no recibió toda la información debida por parte de Colfondos cuando se traslado de Cajanal a esa entidad, nos encontramos frente a un supuesto negativo que debe valorarse con la literalidad del artículo 167 del CGP, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba, por lo que esa afirmación se desvirtúa con el hecho positivo contrario, esto es que sí se le suministró la información, lo cual se correlaciona con el artículo 1604 del Código Civil, por lo que correspondía a Colfondos S:A. acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que la afiliada conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

En este caso, adujo que, de las pruebas allegadas al plenario y conforme los artículos 60 y 61 del CPTSS, no obra ningún medio de convicción que brinde la certeza y que sea suficiente para demostrar que Colfondos S.A., al momento de la afiliación de la demandante al RAIS, hubiese suministrado la información veraz, clara, completa y detallada respecto de las consecuencias que le traería para su futuro el traslado de régimen pensional, situación que se constituye como una omisión a su deber de información en los términos legal y jurisprudencialmente relacionados, lo cual tampoco se demuestra con el formulario de afiliación suscrito por la demandante ya que, conforme las sentencias SL 2136 del 3 de septiembre de 2014 y la SL 4964 del 14 de noviembre de 2018, no es suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo de la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, lo cual debe ser demostrado por la AFP.

Precisó que, conforme las sentencias SL 1688, 1689, 3464 del 2019 y en la SL 638 del 2020, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto y la exclusión de todo efecto del traslado, por ello, el examen de cambio de régimen pensional por transgresión al deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades.

Finalmente, indicó que, si bien la demandante provino de Cajanal y también como fondo de previsión social y administrador del RPMPD, lo único claro es que el actual fondo vigente donde puede remitirse es al Colpensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS

Precisó que su recurso era parcial, frente a las condenas impuestas en los numerales 3, 4 y 6 de la sentencia de primer grado.

Indicó que, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, estos se encuentran relacionados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el cual se regulan estas comisiones, como quiera que en el RAIS se administran unos recursos privados – públicos que son destinados a pagar pensiones y prestaciones que deben reconocerse a sus afiliados, por lo que permanecer en el RAIS le a permitido a la demandante obtener rendimientos frente a los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, por lo que, en razón a la ineficacia, también sería pertinente ordenar la devolución de dichos rendimientos, pues lo que se quiere con el fallo es devolver las cosas a su estado original, por lo que, ordenar la devolución de los gastos de administración y a su vez los rendimientos, es un orden desproporcional que va en contra de los intereses de Colfondos.

Así mismo, solicitó se revoque la condena en costas, como quiera que Colfondos no ejerció el derecho a la defensa y se allanó a las pretensiones de la demanda.

COLPENSIONES

Precisó que, la afiliación de la demandante fue válida porque se suscribió de manera libre, voluntaria, sin presiones y sin constreñimiento, por una persona que es plenamente capaz.

Expuso que la Ley 153 de 1887 en su artículo 17 indica que las meras expectativas no constituyen derecho en contra de una ley nueva que las anule o cercena.

Indicó que la caducidad de la rescisión del formulario de afiliación, de acuerdo con el artículo 1750 del Código Civil, es de 4 años para solicitarlo.

Finalmente, dijo que deben tenerse en cuenta los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, que nadie puede alegar en su favor su propia culpa y que hay hechos sobrevinientes que no se puede prever en la afiliación.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 2 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en la contestación y recurso interpuesto.

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado

		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba

que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam

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

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese**

o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente en SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, lo siguiente:

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 05/03/1986 (fl. 8 archivo 02, fl. 68 archivo 14 y fl. 45 archivo 15); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 13/10/1994 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A (fl 10 archivo No. 12); y **iii)** que el día 21/05/2018 (fl. 36 archivo No. 02) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

Pues bien, a folio 10 del archivo No. 12 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 13/10/1994 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados están en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

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

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

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

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

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

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

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es

insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que

las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Frente al argumento esbozado por Colpensiones, en lo que respecta al tema de las meras expectativas, debe decirse que, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que el afiliado tuviese una expectativa pensional al momento del traslado de régimen o la calidad de beneficiario del régimen de transición, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

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

En cuanto a lo solicitado por Colfondos S.A. respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con esta sociedad.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Colpensiones referente a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio, si

bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11001310500720180061601

Demandante: **LUZ MAGALLY PÉREZ RODRÍGUEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

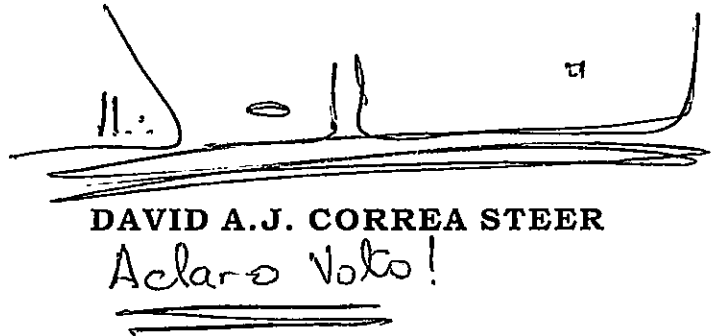
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

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

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) DIANA MARÍA VARGAS JERÉZ, identificado (a) con C.C. No. 1.090.449.043 y T.P. No. 289.559 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO ROJAS GUTIÉRREZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante el día 25 de mayo de 1996 con la AFP Colmena – hoy Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al accionante, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al fondo privado de pensiones Colmena el día 25 de mayo de 1996; 2) El asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en los regímenes pensionales y en especial, no hizo un estudio de su situación particular, ilustrando solamente los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; 3) Los asesores de Colmena le prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) que en el RPM; 4) Nació el 23 de septiembre de 1957 y cumpliendo los 62 años el mismo día y mes del año 2019; 5) Protección S.A. realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado, cotizando, para el año 2019 su mesada pensional en el valor de \$900.444; 6) Realizando la simulación pensional en el RPM, para el año 2019 obtendría una mesada pensional de \$1.384.738; 7) Comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes, su mesada pensional es mayor en el RPM administrado por Colpensiones; 8) Radicó derecho de petición ante Colpensiones el día 30 de octubre de 2018, solicitando la nulidad del traslado efectuado a Protección S.A., solicitud que fue negada mediante comunicación de la misma data.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 82 a 95 – Archivo 01), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de Colfondos S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

PROTECCIÓN S.A. (fl. 106 a 127 Archivo 01) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Refirió que el demandante suscribió formulario de afiliación el 05 de mayo de 1996, mediante el cual solicitó su traslado de régimen y Colmena hoy Protección S.A. entregó información objetiva al accionante sobre los dos regímenes pensionales y la comparación entre estos, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Expuso que el formulario de afiliación previsto por esa entidad y suscrito por el demandante al momento de vincularse, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

Afirmó que, en el presente caso no se está frente a un vicio del consentimiento representado en la fuerza o el dolo, el cual debe ser demostrado, refiriendo el demandante haber incurrido en error al no recibir la adecuada información por parte de Protección S.A. en su traslado de régimen y por ello, es de indicar que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, tal y como lo establece el artículo 1509 del Código Civil.

Por lo anterior, expuso, no puede por disposición legal darse cabida a una nulidad por causa de vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias a nivel normativo de la decisión que libremente tomó el demandante para trasladarse de régimen.

Concluyó mencionando que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación del demandante al RAIS ocurrió por error y dolo, y por lo tanto se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración al respecto estaría prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Carlos Alberto Rojas Gutiérrez con la AFP Colmena hoy Protección, el 25 de mayo de 1996.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Carlos Alberto Rojas Gutiérrez, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: Igualmente, Protección S.A. debe incluir todos los gastos de administración, comisiones o cualesquiera otros emolumentos que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: Ordenar a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Protección S.A. (...)”

En síntesis, el *a quo* indicó que, respecto a la información que debe ser garantizada por parte de las AFP al momento de tramitar el traslado de los afiliados del RPM al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de septiembre de 2018 radicado 31989 y 31314, ha dejado por sentado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación del disfrute de las condiciones pensionales.

Para el caso particular, expuso, que para el 1° de abril de 1994 el demandante contaba con 36 años y 12.87 semanas cotizadas, no siendo beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ni de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el traslado de régimen en cualquier tiempo, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el deber de información consagra garantías en favor de los afiliados, por lo que las AFP deben suministrar oportunamente información clara, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si se tiene o no un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, dado que el deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

Adujo que, de las pruebas allegadas al plenario, no obra ningún medio de convicción que brinde la certeza y que sea suficiente para demostrar que Colmena hoy Protección S.A., al momento de la afiliación del demandante al RAIS, hubiese suministrado la información veraz, clara, completa y detallada respecto de las consecuencias que le traería para su futuro el traslado de régimen pensional, situación que se constituye como una omisión a su deber de información en los términos legal y jurisprudencialmente relacionados, lo cual tampoco se demuestra con el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

Precisó que, conforme las sentencias SL 1688, 1689, 3464 del 2019 y en la SL 638 del 2020, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto y la exclusión de todo efecto del traslado, por ello, el examen de cambio de régimen pensional por transgresión al deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Precisó que, frente a la condena del pago de gastos de administración, si la decisión es retrotraer todo a su estado original no tiene asidero ordenar emolumentos adicionales no establecidos en la legislación de la Ley 100 de 1993, así como en el artículo 1746 del Código Civil, el cual señala las consecuencias de las denominadas restituciones mutuas, las cuales se encuentran debidamente compensadas al demandante con los rendimientos que por más de 20 años ha recibido de los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual y este ejercicio no lo realiza el despacho, en el sentido de que se retrotrae todo a lo original como si no se hubiera dado el traslado, pues de la misma manera debería haber devuelto y haber dispuesto la devolución de los rendimientos, de los cuales jamás se hubiera lucrado el demandante de haber permanecido en el RPM.

Así mismo, expuso, al ordenar la indexación de dichos dineros se condena de manera doble, por cuanto ya se dispone en la parte inicial de la sentencia que los dineros sean devueltos con los rendimientos, gastos de administración y descuentos

realizados durante la administración y que se ordene su indexación es una doble condena en contra de Protección S.A., máxime cuando estos descuentos están autorizados por la Ley 100 de 1993 y con destinación a la aseguradora que protege y asegura el riesgo de invalidez y muerte, por lo que existen terceros de buena fe que debieron haber hecho parte del proceso y los que no se encuentran incluidos en el mismo,

Adicionalmente, indicó, se genera un enriquecimiento claro a favor del demandante, con dineros que Protección S.A. ha administrado conforme las autorizaciones legales y por ello, no existe un soporte para imponer condenas en tal sentido.

COLPENSIONES

Adujo que, no se probó la existencia de un vicio del consentimiento del artículo 1740 del Código Civil, esto es el error, la fuerza o el dolo, encontrándonos frente a un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica, sobre el acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse de un error dirimente que es aquel que afecta la validez del acto o lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Refiere que se le está dando una interpretación errónea al artículo 1604 del CC, pues la Corte ha dicho que la responsabilidad solo está en cabeza de los fondos y es de tipo objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de ese vicio, error, fuerza o dolo al momento de afiliarse, pero si obliga a que toda carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo del demandante, apreciación que quiebra la lógica y las cargas probatorias en este tipo de procesos.

Resaltó que existen obligaciones por parte del demandante, tal y como se hace énfasis en el Decreto 2241 de 2010, en virtud de que son obligaciones recíprocas frente al contrato de afiliación, tal y como la de informarse adecuadamente por parte del actor de las condiciones del sistema por el que optó, citando una sentencia de este Tribunal con radicado 201800445 del 30 de julio de 2020, donde se expone la existencia de un criterio unificado en el órgano de cierre en materia de nulidad de traslado y en la misma se hace un análisis respecto a la existencia de obligaciones por parte del demandante y expone que la nulidad o ineficacia no puede alegarse en estas instancias ya que después que el demandante ve que su pensión no está

acorde con las aspiraciones económicas debe someterse al sistema por el que optó, como lo aceptó con la firma del formulario de afiliación.

Expuso que el principio de la descapitalización del fondo del sistema pensional, tiene una fuerza vinculante y en sentencias como las SU 1024-2004, SU 062-2010, SU 130-2013, la Corte Constitucional manifiesta que en materia de traslados nadie puede resultar subsidiado por recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el esquema del RPM se descapitalizaría y la declaración injustificada de un afiliado al RPM afecta directamente la sociedad financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados como se indicó en la sentencia T 489-2010, sin que pueda permitirse la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro individual o uno comunitario, deviniendo en que el pago de esa pensión sí afectaría directamente el sistema pensional.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 2 de junio de 2021, se admite el recurso de apelación.

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

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

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

como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con

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

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

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

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

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

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

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

f) Posteriormente, en sentencia reciente SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, afirmó en relación con la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, que:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 19/01/1995 (fl. 21 archivo 01); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 25/05/1996 a través de la A.F.P COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A (fl 114 archivo No. 01); y **iii)** que el día 30/10/2018 (fl. 17 archivo No. 01) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

Pues bien, a folio 14 del archivo No. 01 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 25/05/1996 con la AFP Colmena hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados están en libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección S.A. que hubiese suministrado información completa

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

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

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

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

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

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

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados

por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la

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

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

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

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

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene

efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

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

Frente al argumento presentado por Colpensiones referente a que el demandante tenía obligaciones, si bien ello resulta acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

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

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

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales,

así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

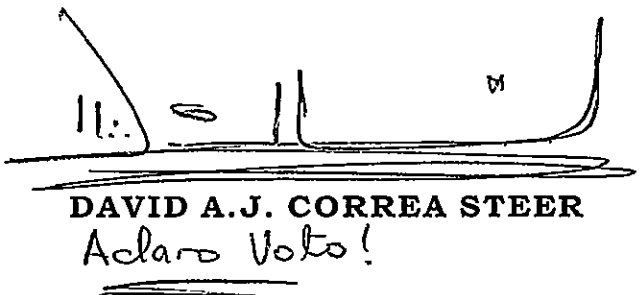
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00261 -01
Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 18 de diciembre de 2015, junto con un retroactivo del 18 de diciembre de 2015 al 18 de

diciembre de 2017, mesadas adicionales, reajustes legales, intereses moratorios, e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Nació el 18 de diciembre de 1955; **2)** En 1995 se trasladó a RAIS, empero retornó el 01 de enero de 2012; **3)** Es beneficiario del régimen de transición, pues cuenta con 901,42 semanas al 01 de abril de 1994,; **4)** Antes de la entrada en vigor de la Ley 797 de 2003, acumulaba más de 1000 semanas; **5)** Al momento en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005 tenía 1295 semanas; **6)** A 31 de enero de 2013 acumulaba 1677 semanas; **7)** La vía gubernativa quedó agotada con la Resolución DIR 8492 de 2017; **8)** No se realizó cobro coactivo de los aportes de abril de 1998, enero y septiembre de 2000, julio de 2002, enero y agosto de 2005, abril de 2006, junio de 2007, julio de 2008, y mayo de 2009; y **9)** COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 9263 de 2018 le reconoció pensión de vejez a partir del 18 de diciembre de 2017 con fundamento en la Ley 797 de 2003, empero no se ha pagado el retroactivo del 18 de diciembre de 2015 en adelante.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 66 a 74), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que el accionante no es beneficiario de una pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, ya que, cumplió la edad de 60 años el 18 de diciembre de 2015, y el Acto Legislativo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00261 -01
Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

01 de 2005 extendió la edad para lograr el reconocimiento pensional hasta el 31 de diciembre de 2014.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 01 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que, si bien el actor en principio era beneficiario del régimen de transición, dado que, al 01 de abril de 1994, contaba con 894 semanas; que pese a que el actor efectuó traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no perdió su régimen de transición, ya que contaba con más de 15 años de servicios al 01 de abril de 1994; y que cuando expiró el régimen de transición, esto es, 31 de diciembre de 2014, el accionante no alcanzó la edad de pensión, pues cumplió la edad el 18 de diciembre de 2015, requisito que es de causación, y no de disfrute.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expuso que con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 se estableció que se debían respetar todos los derechos adquiridos, de modo que, el demandante al causar su pensión antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, es dable el reconocimiento de la prestación de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990; lo anterior, conforme al principio de favorabilidad y/o condición más beneficiosa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 18 de enero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

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

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

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable reconocer la pensión de vejez de conformidad con las directrices del Acuerdo 049 de 1990.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ SEGÚN EL ACUERDO 049 DE 1990.

El régimen de transición pensional es un mecanismo de protección de expectativas pensionales que consiste en que las reglas legales del régimen actual se combinan con algunas reglas del régimen anterior.

Un aspecto básico de la normatividad del régimen de transición pensional lo constituye la identificación de quiénes son sujetos de ese tratamiento especial. Al respecto, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijó los criterios del

siguiente modo: son sujetos del régimen de transición las personas que al entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

Ahora bien, para establecer si alguien es sujeto del régimen de transición se requiere que cumpla con uno de los requisitos indicados “al entrar en vigencia el sistema”, es decir, por regla general el 01 de abril de 1994. La excepción a esa regla se refiere al sector público de nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigor del sistema pensional es la que haya determinado el respectivo ente territorial y a más tardar el 30 de junio de 1995, tal y como lo establece el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, debe advertirse que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, se modificó el régimen de transición que trajo la Ley 100 de 1993, limitándolo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de este, acreditaran por lo menos 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, a quienes lo extendió hasta el año 2014. Sobre el tópico, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en pacífica jurisprudencia tiene sentando que:

Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

“El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, limitó la vigencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de julio de 2010, pero, en aras de salvaguardar las expectativas de las personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, extendió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios. Puntalmente la norma establece:

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

De lo anterior deriva, que quienes no causaran el derecho pensional antes de 31 de julio de 2010 se acogerían al nuevo sistema general de pensiones, a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición” (sentencia SL1466-2021).

Por otra parte, la misma Corporación en sentencia SL11651-2014, señaló respecto a la edad como requisito de causación, y la posibilidad de considerar que únicamente con el requisito de tiempo se está frente a un derecho adquirido, lo siguiente:

“Y que ha sido abundante al explicar que el Ingreso Base de Liquidación (I.B.L.) no hace parte del derecho al que se puede acceder por virtud del régimen de transición, pues el legislador previó expresamente el que debía ser tenido en cuenta ante tal situación, así como el que **la edad no es requisito de ‘exigibilidad’ de las pensiones de vejez, como la del actor, como parece entenderlo el recurrente, sino de estructuración del derecho**, tal como lo hizo en sentencia SL503-2013 del 30 de jul. de 2013, rad. 42311, así:

“En efecto, el régimen de transición previsto en L.100/1993 Art. 36, tal como lo tiene adoctrinado la Sala, garantiza a sus beneficiarios, la utilización de la normatividad anterior que venía aplicándose en cada caso, únicamente en lo concerniente, a tres aspectos: la edad, el tiempo o número de semanas cotizadas, y el monto de la prestación, entendiéndose por este último el monto porcentual de la pensión para el caso el 75%.

“En tales condiciones, cuando la L. 100/1993 Art. 36, refiere al “monto” de la pensión, como uno de los elementos que se conservan del sistema anterior por virtud del régimen de transición, se refiere al <porcentaje> del ingreso base de liquidación que antes se preveía, más no con el lapso temporal

Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar la pensión y que viene a constituir el IBL, que para el caso de los beneficiarios de dicho régimen de transición, quedó regulado en el inciso 3° de la norma en comento.

“De ahí que, en relación con el ingreso base de liquidación de una pensión causada en vigor de la L.100/1993, como lo es la otorgada a la demandante, no es dable hablar de un derecho adquirido en los precisos términos en que lo plantea el recurrente. Como se explicó para este grupo de personas en transición, lo que se respeta y preserva es el <monto porcentual> de la pensión en el sistema anterior, debiendo en consecuencia liquidarse la pensión y obtenerse el IBL en la forma expresamente señalada en el Art. 36 inciso 3° ibídem, para el caso tomando el tiempo transcurrido entre la fecha en que entró en vigencia la citada Ley 100 para los servidores públicos del nivel departamental (30 de junio de 1995) y aquella en que el afiliado cumplió los requisitos para adquirir el derecho, siempre que le faltaren menos de diez (10) años para ello, como ocurre con la accionante, cuyo derecho se consolidó el 11 de febrero de 2001 cuando arribó a los 55 años de edad.

“Aquí conviene recordar, que tratándose de una pensión de jubilación plena, la “edad” es un elemento esencial para el surgimiento del derecho y por tanto para su causación, y no como lo quiere hacer ver la censura como una simple condición para la exigibilidad del pago. En sentencia de la CSJ Laboral, 13 de abril de 2010, Rad. 37998, al respecto se puntualizó:

“(....) Esta Corporación tiene adoctrinado que la consolidación del derecho a la pensión legal plena de jubilación, sólo se da cuando se reúnen dos (2) requisitos: el tiempo de servicios y la edad exigidos por las correspondientes normas; y por consiguiente, únicamente cuando queden satisfechas ambas exigencias, es posible aseverar que se adquirió la titularidad del derecho, mientras tanto el trabajador con lo que cuenta es con una expectativa de jubilación, tal como lo concluyó el Tribunal.

““De ahí que, el demandante cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, estaba en una situación de simple expectativa, por haber cumplido únicamente el requisito del tiempo de servicios, habiéndose en consecuencia consolidado el derecho o causado la pensión plena de jubilación al arribar a la edad de los 55 años, lo que se produjo hasta el día 23 de octubre de 2002”.

“De tal modo que, la accionante, al no tener cumplida la edad requerida para acceder a su jubilación antes de la entrada en vigencia de la L. 100/1993, no puede afirmarse que la L. 33/1985 Art. 1° debió aplicarse íntegramente o en toda su extensión, sino, como antes se expresó, solamente frente a los tres aspectos referidos por razón de la transición.

“Así las cosas, la L. 100/1993 Art. 36-3, respecto de quien cotizó o devengó en el sistema de seguridad social integral como sucede con la actora, no permite tomar para conformar el IBL de la pensión el promedio de lo devengado en el último año de servicio, debiéndose someter la liquidación de la prestación de marras a

Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

las reglas introducidas por la nueva ley de seguridad social y, desde esta perspectiva no pudo cometer la Colegiatura ningún error jurídico”.

Sin que sea necesario destacar más desaciertos al recurso, se rechaza el cargo”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) El demandante Gabriel Peñuela Arévalo nació el 18 de diciembre de 1955 (fl. 4).
- ii) El actor acumula **1677,43** semanas al 31 de enero de 2013 (fls. 80 a 84).
- iii) El demandante solicitó el 02 de agosto de 2016, la pensión de vejez, pero fue negada mediante Resolución GNR 278448 de 2016 (fls.6 a 8).
- iv) Mediante la Resolución SUB 32467 del 08 de abril de 2017, se negó nuevamente el reconocimiento prestacional (fls. 15 a 18).
- v) A través de la Resolución SUB 84993 del 31 de mayo de 2017 se confirmó la Resolución SUB 32467 de 2017 (fls. 20 a 23).
- vi) A través de la Resolución SUB 9263 del 16 de enero de 2018, conforme las directrices de la Ley 797 de 2003, a partir del 18 de diciembre de 2017, en una mesada inicial de \$1'155.422 (fls. 47 a 50).
- vii) El 09 marzo de 2018, el actor solicitó reliquidación de la pensión; empero, fue negada mediante la Resolución SUB 72869 de 2018, la que fue confirmada según Resolución DIR 8492 de 2017 (fls. 33 a 42).

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el accionante, en principio, es beneficiario del régimen de transición, puesto que para el 01 de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios, dado que acumulaba 17,21 años cotizados (898,29 semanas).

Así mismo, el actor alcanzó más de 750 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el régimen de transición se extendiera hasta el año 2014, pues para tal momento acumulaba 1296,42 semanas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a verificar si el accionante al 31 de diciembre de 2014 acredita los requisitos para acceder a una pensión de vejez, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, normatividad que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

De esta manera, se observa que, al 31 de diciembre de 2014, el accionante acreditó **1677,43**; no obstante, la edad pensional, esto es, 60 años, únicamente se cumplió hasta el **18 de diciembre de 2015**, pues como se sabe nació el mismo día y mes de 1955 y que, conforme al precedente jurisprudencial fijado en precedencia, la edad es un requisito de **exigibilidad**.

Por otra parte, y en relación con la condición más beneficiosa, dicho principio no resulta aplicable, dado que éste se predica en relación con los cambios normativos anteriores y siempre que comporten sustituciones en los regímenes o transformaciones en los esquemas que las soportan (SL5114-2014), no obstante, en el asunto, no se está persiguiendo la aplicación de una norma anterior al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por demás que dicho principio no es posible predicarlo cuando se está frente a una pensión de vejez, pues su alcance se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00261 -01
Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

encuentra circunscrito de forma excepcional a la pensiones de invalidez y de su sobrevivientes, tal y como lo ha dicho de forma pacífica y reiterada la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia (SL 34904, 17 oct. 2008, reiterada en decisiones SL834-2013, SL8430-2014, SL262-2020 y SL4989-2020).

En igual sentido, no es dable acudir al principio de favorabilidad, pues este no procede cuando la norma es clara en su intención, espíritu y tenor literal. Al punto, la sentencia SL3642-2021, establece:

“Indica que, conforme a los art. 53 de la CN y 21 del CST, el principio de favorabilidad en materia laboral implica optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda respecto a la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, y cobra vigencia cuando existe incertidumbre ante la aplicación de dos preceptos o cuando una ley admite distintas interpretaciones, por *«[...] la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones»* y *«[...] la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto»*, principio que en la exégesis de las normas pensionales debe aplicarse para no vulnerar los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social”.

Así, la Sala se remite al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma que no ofrece duda en cuanto a que son requisitos de exigibilidad de la prestación, el tiempo y la edad, por lo que, al no acreditarse el último de los requisitos en mención antes del 31 de diciembre de 2014, no es dable reconocer la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo advirtió acertadamente el A Quo.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00261 -01
Demandante: **GABRIEL PEÑUELA ARÉVALO.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

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

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

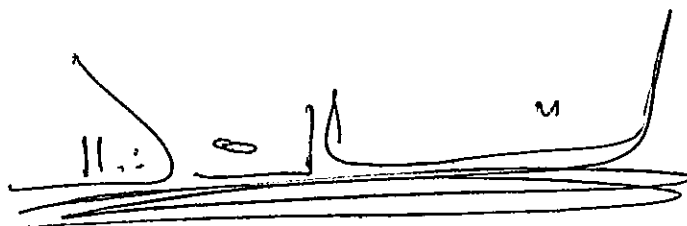
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **HERNANDO OLAYA AGUIRRE** promoviese contra **METALPLUS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

El demandante aspira a la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo y luego a indefinido, del 06 de septiembre de 2004 al 03 de enero de 2017; y que la terminación del contrato fue consecuencia de un despido indirecto. Como consecuencia de

lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de salarios, descansos dominicales y festivos, auxilios de transporte, horas extras y recargos, dotaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, incapacidades, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, intereses moratorios, y pensión sanción.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) Ingresó el 06 de septiembre de 2004 a METALPLUS S.A., mediante contrato a término fijo, para desempeñar el cargo de Operario; **2)** El 09 de junio de 2006 suscribió contrato a término indefinido; **3)** Efectuó sus labores de forma personal, cumpliendo un horario de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. de lunes a sábado, y siguiendo las instrucciones del gerente; **4)** A finales del año 2011 se presentó un cambio de representante legal, con lo que la demandada empezó a incumplir sus obligaciones, no pagaba de forma completa salarios, las vacaciones no se respetaron en su totalidad en tiempo ni en dinero, las primas de servicios se pagaban tardíamente o incompletas, se dejó de pagar cesantías al respectivo fondo, se dejaron de pagar intereses a las cesantías, y se dejó de cotizar a seguridad social; **5)** El 04 de junio de 2014 solicitó información acerca de los pagos dejados de hacer por parte de su empleador, empero, éste nunca dio respuesta, y por el contrario, siguió incumpliendo sus obligaciones patronales; **6)** El 22 de septiembre de 2016 solicitó la corrección de su historia laboral ante COLPENSIONES para que se incluyera la totalidad de los tiempos laborados con la demandada, estableciéndose por parte de tal entidad que se le adeudaba \$6'868.097; **7)** Radicó diversas peticiones y denuncias ante A.R.L. SURA y U.G.P.P.; **8)** El 03 de enero de 2017 renunció por los reiterados incumplimientos de su empleador; y **9)** El 21 de noviembre de 2017 solicitó el pago de sus acreencias laborales, pero nunca fue emitida respuesta por parte de su empleador.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

METALPLUS S.A. contestó a través de Curador Ad Litem (fls. 107 a 111), quién señaló se atenia a lo que resultara probado en juicio. Propuso como excepción de mérito únicamente la genérica.

Indicó que para que se puedan reconocer las acreencias solicitadas por el demandante, se debe acreditar en juicio la existencia de los elementos propios de un contrato de trabajo, esto es, actividad personal del trabajador, retribución, y continuada subordinación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 05 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: De conformidad con la relación de trabajo existente entre el actor y METALPLUS S.A., CONDENASE a ésta última las siguientes sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones:

1. \$ 370.000 por concepto de salarios
2. \$ 2.788.605,56 por concepto de cesantías
3. \$ 267.302,76 por concepto de intereses sobre las cesantías.
4. \$ 2.634.105,56 por concepto de prima de servicios
5. \$ 1.033.702,78 por concepto de vacaciones

SEGUNDO: CONDENAR a METALPLUS S.A. a pagar a favor al actor, los siguientes conceptos en razón de indemnizaciones:

1. \$ 6.339.333,33 por concepto de indemnización del art. 64 CST.
2. \$17.705.208. por concepto de indemnización por falta de pago art. 65 CST, por los primeros 24 meses, a partir del mes 25 cancélase el valor de intereses moratorios a la tasa más alta de interés bancario corriente en aplicación del art. 884 del código de comercio, frente al valor insoluto de salarios y prestaciones.

TERCERO: CONDENAR a METALPLUS S.A. a pagar a favor de COLPENSIONES por los salarios dejados de cotizar entre el mes de febrero de 2011 y hasta el mes de diciembre de 2015, sobre la base de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada vigencia fiscal,

entre el mes de enero de 2016 y hasta el 03 de enero de 2017, en razón de \$740.000.

CUARTO: ABSOLVER a METALPLUS S.A. de las demás súplicas de la demandada, atendiendo la parte considerativa de la presente decisión y lo demostrado en el expediente.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por METALPLUS S.A. a través de curador ad litem, conforme la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada METALPLUS S.A. señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

En síntesis, encontró probado a partir de la documental y testimonial la existencia de un contrato de trabajo del 06 de septiembre de 2004, hasta el 03 de enero de 2017.

Así mismo que el empleador no acreditó el pago de obligaciones prestacionales, así como que tampoco realizó los correspondientes aportes a seguridad social; por lo que es dable establecer que ante el incumplimiento sistemático del empleador, se configuró un despido indirecto; condenó al pago de las prestaciones sociales y vacaciones insolutas y aportes a seguridad social; precisando que para el año 2016 y 2017 se tiene como prueba de salario la suma de \$740.000, y dado que no aparece prueba de los años anteriores, había lugar a tener en cuenta el salario mínimo.

Concluyó expresando que hay lugar indemnización moratoria por el incumplimiento sistemático de las obligaciones del empleador, puesto que su conducta no estuvo revestida de buena fe, al dejar de pagar de forma total o parcial prestaciones sociales y salarios; y que se debe reconocer la segunda quincena de 2016 al no demostrarse pago.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó inconformidad frente a la cuantía de las prestaciones que fueron objeto de pago, ya que en relación con el **auxilio de cesantías** desde el año 2011 se dejó de pagar y no resulta dable que el valor a reconocer sea únicamente \$2'788.605,56 por concepto de seis años; que lo anterior afectaría el monto de los **intereses a las cesantías**; que el mismo razonamiento se aplicaría a la **prima de servicios**; y que debe resultar procedente la **pensión sanción**, teniendo en cuenta el incumplimiento sistemático en el pago de aportes a seguridad social, y que se trabajó por más de diez años.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte actora para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

circunscriben a determinar, en primer lugar, si se encuentran bien liquidadas las prestaciones sociales condenadas por el operador de primer grado y en segundo lugar si hay lugar al reconocimiento de pensión sanción.

De la liquidación de las prestaciones sociales y las vacaciones.

Para liquidar el auxilio de cesantías, se hace necesario acudir al artículo 249 del C.S.T. que dispone:

“ARTICULO 249. REGLA GENERAL. Todo {empleador} está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.”.

Por su parte, los intereses a las cesantías se liquidan de conformidad con el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la que establece:

“2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente”.

En relación con la prima de servicios el artículo 306 del C.S.T., determina:

“Artículo 306. De la prima de servicios a favor de todo empleado. El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado.

PARÁGRAFO. Se incluye en esta prestación económica a los trabajadores del servicio doméstico, choferes de servicio familiar, trabajadores por días o trabajadores de fincas y en general, a los trabajadores contemplados en el Título III del

presente código o quienes cumplan con las condiciones de empleado dependiente”.

De la pensión sanción

Los requisitos para acceder a la pensión sanción están contemplados en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone:

“ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 3o. A partir del 1o. de enero del año 2.014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre

y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios”.

Conforme la disposición en cita, el derecho a la pensión sanción se configura cuando el trabajador nunca fue afiliado por parte de su empleador a sistema general de pensiones; interpretación que se encuentra acorde con la pacífica y reiterada posición de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la que ha señalado que la afiliación al sistema de seguridad social, aun cuando sea por un periodo corto, releva al empleador del reconocimiento de la pensión sanción. En efecto, en sentencia SL1510-2018, enseñó:

“Al punto, oportuno resulta destacar la providencia CSJ SL1510-2018, proferida en un proceso seguido contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la que luego de efectuar un recuento en torno al desarrollo que con el paso del tiempo y la expedición de nuevas disposiciones sobre la materia ha sufrido la pensión sanción, en un asunto de similares contornos se adoctrinó:

Corresponde a la Sala, hacer un recorrido por el desarrollo que ha sufrido la normatividad que contempla la pensión sanción de la siguiente manera: El artículo 8° de la Ley 161 de 1971, que subrogó el 267 del CST., en la primera parte de su primer inciso, indica:

ARTICULO 8°. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial.

Posteriormente, esta norma fue modificada por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 que en lo pertinente expresó:

PENSIÓN DESPUÉS DE DIEZ Y DE QUINCE AÑOS DE SERVICIO.
En aquellos casos en los cuales el trabajador no esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales, ya sea porque dicha entidad no haya asumido el riesgo de vejez, o por omisión del empleador, el

trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Más adelante al desarrollar el Sistema General de Pensiones, la Ley 100 de 1993, en su artículo 133, expresó, sobre la pensión sanción:

*El trabajador **no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador**, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. (Negrillas fuera del texto).*

Esta Corporación al resolver un caso similar al planteado por la censura y contra la misma entidad aquí demandada, en sentencia reciente SL12516-2017 proferida el 16 de agosto de ese mismo año reiteró la SL590-2014, proferida el 29 de enero de esa anualidad y que a su vez aludió también a otra decisión, la CSJ SL, 11 sept. 2007, rad. 28429, donde se explicó que al haber sido impuesta de manera obligatoria la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para el sector oficial, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1.º de abril de 1994, su omisión podría generar, como consecuencia, el pago de la pensión sanción a cargo del empleador omiso y aclaró que éste se libera de dicha carga en el evento que cumpla con la afiliación de manera oportuna. En dicha ocasión sostuvo la Corte:

Este criterio jurisprudencial ha sido constante, así en sentencia de 14 de noviembre de 2007, en un caso de similares contornos, que reiteró la del CSJ SL, 11 sept. 2007, rad. 28429, en la que se dijo:

Al respecto, estima la Sala que la reflexión del ad quem en torno al punto, resulta equivocada, ya que, como lo ha sostenido esta Corte, la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de conformidad con lo previsto en la norma citada, no tiene que cumplirse por todo el tiempo de existencia de la relación laboral o haberse realizado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues dicha obligación surge para el sector oficial a partir del 1º de abril de 1994. De donde la omisión en ese exacto sentido, es lo que podría acarrear el pago de la pensión sanción, porque si de manera oportuna el empleador cumplió con esa afiliación, esto es, cuando nació la obligación, acorde con la preceptiva indicada, se libera de su cancelación, que fue precisamente lo que sucedió en este caso, en donde la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero satisfizo a tiempo esa obligación legal.

De tal manera que al producirse esa afiliación, no se puede pretender la aplicación del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, porque si los demandantes fueron afiliados el 1º de abril de 1994, esto significa que la accionada cumplió a cabalidad con dicha previsión legal, por lo que resulta contrario a dicha normatividad imponerle el pago de la prestación reclamada.

En aplicación del anterior precedente jurisprudencial, que además ha sido reiterado en la Sentencia SL1185-2018 proferida el 18 de abril de este año, considera la Corte que erró el Tribunal, al concluir que era procedente el reconocimiento pensional invocado, a la luz del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, toda vez que si bien se estableció que el contrato de trabajo del demandante fue terminado sin justa causa, no se configuró el requisito restante, esto es, la falta de afiliación de aquel al Sistema General en Pensiones, pues acorde con lo afirmado por la parte recurrente, obran pruebas en el expediente en las que se advierten que el actor sí fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales, e incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, se tiene que, el juez no plural no incurrió en el desatino que pretende atribuirle la censura, no sólo porque sus consideraciones se encuentran acorde con la pacífica y reiterada posición de esta corporación, la cual se encuentra fundamentada en los cambios que se han presentado en materia de la pensión sanción, sino porque tal como se ha enseñado de manera invariable, la afiliación al sistema de seguridad social, aun cuando sea por un periodo corto de tiempo como lo insinúa la recurrente, releva al empleador, del reconocimiento de la pensión sanción, a las voces del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, vigente para aquella fecha en la que se produjo la desvinculación de la actora". (Subrayado por la Sala).

VII. DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No resultan objeto de discusión a esta altura del proceso los siguientes hechos:

i) La existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre el 06 de diciembre de 2004 y el 03 de enero de 2017; primero a término fijo y luego a término indefinido; **ii)** que para el mes de octubre del año 2016, el actor devengaba \$740.000, según comprobante de nómina de octubre de 2016, (fl.33); **iii)** que el 03 de enero de 2017 el accionante renunció a su trabajo con fundamento en que existía una omisión sistemática en el

pago de seguridad social, primas y parafiscales (fl.38); y **iv)** Fue afiliado por parte de METALPLUS S.A. a Colpensiones en septiembre de 2004, según se extrae de la historia laboral obrante a folios 39 a 43.

Pues bien, lo primero que debe recordarse es que el A Quo reconoció las prestaciones sociales desde el año 2012, consideración que a juicio de la Sala resulta acertada, como quiera que en interrogatorio de parte, el demandante aceptó que las moras del empleador se empezaron a presentar desde dicho año, por lo que se estudiarán los puntos concretos inconformidad relativos a liquidación de las cesantías, los intereses a las cesantías, primas de servicio, partiendo de los salarios probados en el proceso.

Determinados los salarios probados en el expediente se procede a efectuar las liquidaciones de los puntos concretos de apelación de la siguiente manera:

Auxilio de Cesantías: (Salario mensual x Días trabajados en el periodo a liquidar) / 360.

- 2012. $\$566.700 \times 360/360 = \$566.700.$
- 2013. $\$589.500 \times 360/360 = \$589.500.$
- 2014. $\$616.000 \times 360/360 = \$616.000.$
- 2015. $\$644.350 \times 360/360 = \$644.350.$
- 2016. $\$740.000 \times 360/360 = \$740.000.$
- 2017. $\$740.000 \times 2/360 = \$4.111,11$
- **TOTAL=** \$3'160.661,11

Intereses a las cesantías: (Cesantías x Días trabajados x 0,12) / 360.

- 2012. $\$566.700 \times 360 \times 0,12 = \$68.004.$
- 2013. $\$589.500 \times 360 \times 0,12 = \$70.740.$
- 2014. $\$616.000 \times 360 \times 0,12 = \$73.920.$

- 2015. $\$644.350 \times 360 \times 0,12 = \$77.322.$
 - 2016. $\$740.000 \times 360 \times 0,12 = \$88.800.$
 - 2017. $\$740.000 \times 2 \times 0,12 = \$493,33$
 - **TOTAL= \$ 379.279,33**
-
- **Prima de servicios:** Salario mensual x Días trabajados en el semestre/360.
-
- 2012. $\$566.700 \times 360/360 = \$566.700.$
 - 2013. $\$589.500 \times 360/360 = \$589.500.$
 - 2014. $\$616.000 \times 360/360 = \$616.000.$
 - 2015. $\$644.350 \times 360/360 = \$644.350.$
 - 2016. $\$740.000 \times 360/360 = \$740.000.$
 - 2017. $\$740.000 \times 2/360 = \$4.111,11$
 - **TOTAL= \$3'160.661,11**

Atendiendo a los cálculos arrojados en esta instancia y verificado que le asiste razón a la impugnante, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia impugnada con el fin de establecer los valores antes referidos por concepto de prestaciones sociales.

De la pensión sanción.

Conforme con las breves consideraciones legales y jurisprudenciales sentadas en precedencia, tan sólo hay lugar a la pensión sanción cuando el trabajador no ha sido nunca afiliado por parte de su empleador; pues la afiliación al sistema de seguridad social, aun cuando sea por un periodo corto, releva al empleador del reconocimiento de la pensión sanción.

Por las anteriores razones, y como quiera que se encuentra probado que el accionante fue afiliado al Sistema General de Pensiones por parte de METALPLUS S.A. en septiembre de 2004 (fls.39 a 43) y que se realizaron pagos hasta enero de 2011, considera la Sala que no es dable imponer condena por concepto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2018-00465 -01
Demandante: **HERNANDO OLAYA AGUIRRE.**
Demandado: **METALPLUS S.A.**

de pensión sanción, razones por las que se CONIRMARÁ en el punto la sentencia de primera instancia.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de **cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios,** se deben reconocer las sumas de **\$3'160.661,11, \$379.279,33, y \$3'160.661,11,** respectivamente.

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

TERCERO- Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2018-00465 -01

Demandante: **HERNANDO OLAYA AGUIRRE.**

Demandado: **METALPLUS S.A.**

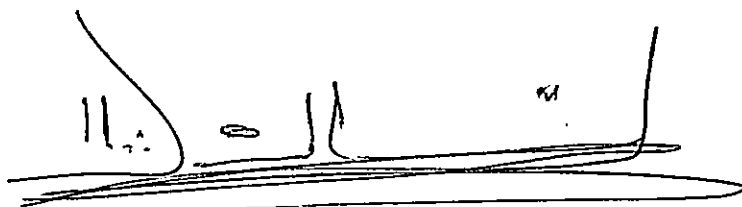
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501220180052701
Demandante: **MÁXIMO TÉLLEZ GARCÍA**
Demandado: **COLPENSIONES**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

AUTO

PRIMERO: Téngase a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

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

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por

el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MÁXIMO TÉLLEZ GARCÍA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. 1. Hechos y pretensiones.

La parte demandante aspira a que se reconozca y pague el incremento adicional de la pensión del 14% sobre el SMLMV por persona a cargo, así como su correspondiente retroactivo pensional desde el 1° de noviembre de 2010, así como si indexación y el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1) Mediante Resolución No. 126991 del 2010, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2010; 2) La pensión de vejez fue reconocida dado aplicación a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; 3) Contrajo matrimonio con la señora Yolanda Ortegón de Téllez, el 22 de diciembre de 1973; 4) Junto con su esposa conviven de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho, dependiendo su esposa económicamente de él, puesto que ella no disfruta de una pensión ni trabaja; 5) En la Resolución mediante la cual se le reconoció la pensión de vejez, no le fue reconocido el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990; 6) Frente a la norma que consagra el incremento pensional no se ha producido ningún tipo de

derogatoria; 7) La reclamación administrativa se encuentra debidamente agotada, ya que fue presentada el 11 de julio de 2018 ante Colpensiones, la cual, a la fecha, no ha sido respondida.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada la entidad demandada, **COLPENSIONES** (fls. 30), dio respuesta al líbelo genitor, oponiéndose a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso, en síntesis, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los incrementos por persona a cargo, establecidos por el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia y no tiene aplicabilidad como consecuencia de la derogatoria tácita de los mismos en cumplimiento a una orden legal contenida en el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, ya que los incrementos son contrarios a la nueva norma en la cual, no fueron relacionados, ni tenidos en cuenta, debido a que incluirlos dentro del nuevo régimen legal, violaría el derecho a la igualdad de los afiliados y la sostenibilidad del sistema, en tanto las pensiones se liquidan de acuerdo a los aportes que el afiliado realice de su salario y la Ley 100 de 1993 no estableció, dentro de las prestaciones que forman parte del ingreso base de liquidación de la pensión, los incrementos del Decreto 758 de 1990, por lo que se crea una nueva regla jurídica, diferente y excluyente de la anterior, en tanto que es violatoria del derecho a la igualdad y sostenibilidad del sistema.

Adujo que, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, se establecieron como factores determinantes para acceder a los beneficios del régimen, la edad, el tiempo de servicio y el número de semanas cotizadas establecido para el régimen anterior, lo que indica a priori que los incrementos no forman parte de los factores a considerar para el reconocimiento de la pensión dentro de este régimen., así mismo, el artículo 36 de la Ley 100 establece los parámetros legales para determinar el Ingreso base de liquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición, dentro de los cuales no forma parte integral los incrementos objeto de este proceso, por lo que incluirlos produciría incumplimiento de lo ordenado por la ley 100 de 1993 en su artículo 289.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria en la que **condenó** al pago indexado, de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo a partir del 17 de julio de 2015, y mientras subsistan las causas que le dieron origen. Condenó a un retroactivo de nueve millones novecientos veintiún mil ciento treinta y dos pesos m.cte (\$9.921.132.00), declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión, adujo, en síntesis, que el demandante es beneficiario del régimen de transición y del Acuerdo 049 de 1990, observando que cumple con los tres presupuestos que establece el artículo 21 del citado Acuerdo en el sentido que su cónyuge depende económicamente de él y no disfruta de ningún tipo de pensión.

Expuso que se separa del precedente de la sentencia SU 140 de 2019 con base en dos aspectos: uno de ellos es la discrepancia con la interpretación normativa hecha en la mentada sentencia y el otro con la discrepancia de la regla de derecho aplicada en ese precedente.

Precisó que, teniendo en cuenta que esa sentencia de unificación buscaba y brindaba terminar el efecto de la prescripción de este incremento, pero no de su existencia, se parte desde el presupuesto lógico fundamental que cuando se debate una unificación sobre un tema específico, como en este caso fue el de la prescripción del incremento sobre la base de la aplicación literal del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se parte de un presupuesto: el derecho existió o existe, pero se extingue en función de la prescripción, sin ponerse en entredicho la existencia del derecho, nunca la Corte Constitucional lo había puesto en esa condición salvo que la unificación termina transformándolo y en tal sentido el juzgador de primer grado, aduce, discrepa de lo que asumió la Corte Constitucional de manera mayoritaria y por ello hace suyos los argumentos emanados de la sentencia que fue objeto de la revisión del 16 de noviembre del año 2017.

Por lo anterior, continúa, considera que estos incrementos si continúan vigentes y en consecuencia haciendo el análisis tanto del punto de vista probatorio y desde el punto de vista jurídico las peticiones del actor salen adelante y prosperará su reconocimiento a excepción de la fecha, toda vez que operó el fenómeno prescriptivo, por lo que se reconocerán a partir desde el año 17 de julio del 2015.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES expuso que en la sentencia de unificación SU 140 de 2019 la Corte Constitucional cambió radicalmente la línea jurisprudencial fijada sobre los incrementos, y dictaminó que dichos incrementos, previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es desde el 1° de abril de 1994.

Dicha Corporación afirmó que, como resultado de tal derogatoria, sólo tendrían derecho a estos incrementos, aquellos que hubieren cumplido los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y que para estos efectos no es aplicable el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, para el caso concreto, que el demandante, por medio de la Resolución 126991 de 2010, le fue reconocida la pensión de vejez a partir del mes de noviembre de 2010 y como quiera que el reconocimiento se realizó con posterioridad al 1° de abril de 1994, no es procedente realizar el reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, por auto del 04 de mayo del 2021, se admite el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 18 de junio del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado la apoderada de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en la contestación y recurso interpuesto.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las

entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

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

De los incrementos pensionales por personas a cargo

El tema ha sido tratado ampliamente en la jurisdicción Laboral, y por mucho tiempo la suscrita era del criterio en punto a considerar, que los incrementos de la pensión por personas a cargo establecidos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año continuaban vigentes, a pesar de que la Ley 100 de 1993, al hablar sobre pensiones de vejez e invalidez, no los consagró, pero tampoco los derogó textual ni tácitamente.

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

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

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

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1° de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 1° de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

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

VI. DEL CASO CONCRETO

Sin que exista duda en torno a que la fuente normativa a partir de la cual se le reconoció el derecho pensional al actor, es la misma que contiene la regulación sobre los incrementos

pensionales por personas a cargo, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe precisarse que ello fue así por ser el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello se desprende de la Resolución 126991 del 12 de noviembre de 2010, obrante a folios 15 a 16 del plenario.

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

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

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

Por lo antes expuesto, **se REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra.

En esta instancia no se causaron costas.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia de origen y fecha conocidos, para en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia

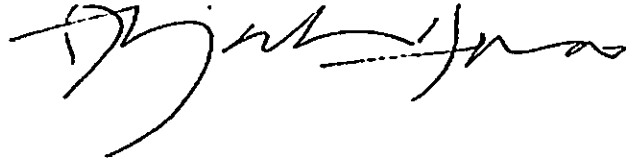
Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310501220180052701

Demandante: **MÁXIMO TÉLLEZ GARCÍA**

Demandado: **COLPENSIONES**

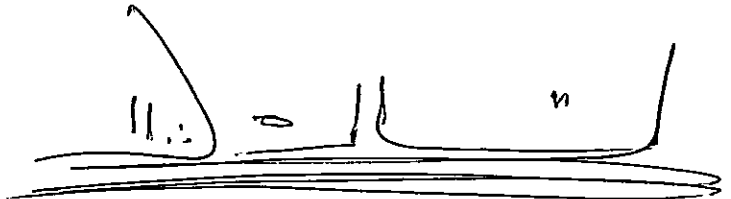
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310501220190051601

Demandante: **NOHRA INES PULIDO TOCA**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

PRIMERO: Téngase a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

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

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida

por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NOHRA INÉS PULIDO TOCA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda **se pretende** se declare nulo e ineficiente el traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelantes RAIS) efectuada a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante y a esta última a que reciba dichos valores.

Así mismo, solicita se condene a las accionadas al pago de los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes **hechos**:

1) Nació el 23 de agosto de 1964; 2) Acumula 1.400 semanas cotizadas; 3) Inicialmente cotizó al ISS hasta el mes de noviembre del año 2000; 4) En el mes de febrero del año 2000 Colfondos S.A., de manera engañosa, la hizo trasladar; 5) Al momento de su afiliación, Colfondos S.A. no le previno ni advirtió las consecuencias jurídicas y económicas que le afectarían su derecho pensional; 6) El 8 de julio de 2019 solicitó

Código Único de Identificación: 11001310501220190051601

Demandante: **NOHRA INES PULIDO TOCA**

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

a Colfondos S.A. la anulación de su afiliación y en la misma data solicitó a Colpensiones su retorno al RPM; 8) Las hoy demandadas resolvieron de forma negativa su solicitud.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fl. 53 a 66) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Frente a la nulidad, destaca que el error de derecho no vicia el consentimiento contractual, tal como lo establece el artículo 509 del Código Civil, por lo que no hay lugar a que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS de la demandante, ya que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la actora alguna de las causales de nulidad, vicios del consentimiento, sino que por el contrario confesó que se afilió a Colfondos S.A., por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando duro más de 19 años realizando aportes continuos al fondo privado.

Concluye indicando que, la afiliación de la demandante a Colfondos S.A. acaeció en el año 2000, por ende, 19 años después, es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsana cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, pues la accionante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años hubiese presentado algún tipo de queja o

reclamo en relación con su traslado de régimen o falsas promesas.

COLFONDOS S.A. (fls. 104 a 115), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

Expuso que esa AFP informó de manera adecuada y completa a la demandante con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo cual ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación en tres oportunidades, la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

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

además, no se aportan elementos de prueba que demuestran que la vinculación a la AFP Colfondos S.A. fuere efectuada bajo algún vicio del consentimiento.

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“Primero: Declarar la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante Nohra Inés Pulido Toca, efectuada en su momento con la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. de 8 de febrero de 2000 según formulario de afiliación No. 7371978.

Segundo: Ordenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones.

Tercero: Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

Cuarto: Absolver a Colpensiones y Colfondos de las demás súplicas de la demanda.

Quinto: Declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. (...)”

Para fundamentar su decisión adujo, en síntesis que en la sentencia hito que es la SL 12136 del 2014 se expuso que en aplicación del principio de la libre escogencia contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la afiliación puede ser transitable entre los dos regímenes, apoyándose además en la sentencia 1452 del 2019.

Al descender al caso concreto, expuso que en el formulario de afiliación de fecha 8 de febrero del 2000 que obra a folio 115 del expediente no se inserta ni siquiera el derecho de retracto frente a la afiliación, consagrado en el Decreto 1161 de 1994 y mucho menos los presupuestos de que habla el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, lo que conlleva a determinar que no hubo un cumplimiento de la carga de prueba de la información suficiente, ni de brindar el asesoramiento respectivo que implica los deberes de información permanente, así como tampoco establece la ilustración de las características, ventajas y desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que hace que, al no documentarse clara y suficientemente los efectos que acarrea el traslado de régimen pensional, este se torne en ineficaz.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, advirtió que solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional el cual es imprescriptible ya que afecta los derechos del afiliado, como lo expuso, entre otras, la sentencia SL 8544 de 2016.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de junio de 2021, se admite el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y de Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado

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

IV. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

aportes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

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

Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
---	---	--

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una

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

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato

solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 13/02/1986 (fl. 17 y 66); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 08/02/2000 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A. (fl. 16 y 115); y **iii)** que el día 01 y 08 de julio 2018 (fl. 28 y 32) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

A folios 16 y 115 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08 de febrero de 2000 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia transcrita *in extenso* en precedencia así como en posterior decisión¹, según las cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, Colfondos S.A. tiene la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación.

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

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

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

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

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

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

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

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, dado que el estudio no se hace con base en estos.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse entonces todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A.**, incluyendo los gastos de administración, debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

*En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo*

ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

Así las cosas, acertada resulta la decisión de primera instancia al ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, no obstante **SE ADICIONARÁ** la condena en el sentido de incluir los gastos de administración debidamente indexados, ello en virtud de la *Consulta* que se surte en favor de la entidad de pensiones pública.

Frente a la ratificación y subsanación debido a la conducta de la afiliada, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS.

Ahora, ha de indicarse que si bien la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

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

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

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

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

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de origen y fecha conocidos, en el sentido de CONDENAR a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por concepto de gastos o cuotas o gastos de administración debidamente indexados,

Código Único de Identificación: 11001310501220190051601

Demandante: **NOHRA INES PULIDO TOCA**

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

conforme las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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

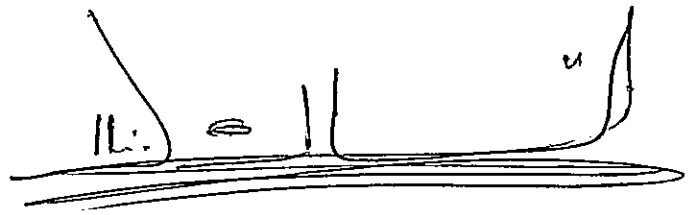
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS** promoviese contra **PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez desde el 12 de julio de 2016. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 16 de septiembre de 1983; **2)** Cotizó 75 semanas entre el 11 de noviembre de 2012 y el 21 de noviembre de 2016; **3)** En 2016 le fue diagnosticada la patología denominada "*lupus eritematoso sistemático con compromiso de órganos o sistema*"; **4)** El 12 de octubre de 2016 se le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral del 53,53% con fecha de estructuración 12 de julio de 2016; y **5)** El 14 de marzo de 2017 solicitó pensión de invalidez, empero fue negada el 11 de mayo del mismo año, puesto que sólo alcanzaba 48,71 semanas.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (fls. 62 a 70), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

Expuso que la demandante no acumula 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, puesto que únicamente alcanza 48,71 semanas; y que el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se encuentra en firme, y su aplicación es de obligatorio cumplimiento.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que se encuentra acreditado que el actor que está afiliado a PORVENIR S.A. desde el 19 de diciembre de 2011, y que presenta una pérdida de capacidad laboral del 53,53% con fecha de estructuración del 12 de julio de 2016; que el accionante no tiene 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, pues tan sólo alcanza 48,71 semanas; y que no es dable aproximar a 50 semanas, como quiera que dicho proceder únicamente resulta viable cuando se está frente un decimal para aproximar al número entero siguiente, por lo que, en tales condiciones, únicamente se arribaría a 49 semanas, conforme criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expresó que no aplicar el principio de aproximación estaría en contra de varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia, las que resultan fuente de derecho y deben ser estudiadas por la segunda instancia; que al demandante únicamente le están haciendo falta 1,29 semanas; que el sistema en virtud del principio de solidaridad debe amparar esta clase de derechos, por

demás que estamos frente a un derecho de índole constitucional que es de carácter irrenunciable e imprescriptible.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **el problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar si es dable el reconocimiento de la pensión de invalidez.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Lo primero por recordar, es que la pensión de invalidez se consagró como una prestación para aquellos que contaran con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, la cual puede ser producto de una enfermedad o de un accidente de origen común que afecte su capacidad productiva y, además, un cierto número de semanas de cotización. Para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubieren

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

alcanzado los requisitos para adquirir dicha prestación, se estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva.

Así mismo es pertinente memorar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma. Así lo ha estimado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 03 de mayo de 2011, Rad. 37039, SL4031-2017, SL3905-2018 y SL1040-2021.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que indica:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración
2. *Invalidez* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

EL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Rosa Paola Palacios Rojas nació el 16 de septiembre de 1983 (fl.12).
- ii) La actora se encuentra afiliada desde el 20 de diciembre de 2011 en PORVENIR S.A. (fls. 13 a 18).
- iii) La accionante cotizó entre diciembre de 2011 y octubre de 2016, **88,14 semanas** (fl.341).
- iv) El 12 de octubre de 2016, Seguros de Vida Alfa S.A. determinó que la actora presenta un diagnóstico de

“lupus eritematoso sistémico con compromiso de órganos o sistemas”, lo que permitía establecer que tenía una pérdida de capacidad laboral del 53,53% con fecha de estructuración del 12 de julio de 2016, y que era de carácter progresiva (fls. 24 a 29).

- v) El 16 de noviembre de 2016, la demandante solicitó pensión de invalidez (fls. 287 a 289).
- vi) El 11 de mayo de 2017, PORVENIR S.A. negó la pensión de invalidez, por cuanto la accionante acumulaba 48,71 semanas (fl.30).

Pues bien. Revisado el material probatorio se encuentra que la demandante registra en su historia laboral un total de **88,14** semanas cotizadas a PORVENIR S.A., de las cuales efectivamente **48,71**, se cotizaron entre el 13 de julio 2013 y el 12 de julio de 2016, fecha de estructuración de la invalidez, por lo que nítido refulge que no logró acreditar el presupuesto fáctico de 50 semanas para ser beneficiaria de una pensión de invalidez, según las voces del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por lo que subsiguientemente se procede a verificar si es dable aproximar el número de semanas para lograr el reconocimiento de la prestación.

En eventos como el analizado en esta sentencia, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido la posibilidad de aproximar tiempos, siempre y cuando la fracción de semanas de cotización que supera el 0.5 se acerque al número entero siguiente. En sentencia SL3211-2021, se estableció:

“De otro lado, también conviene precisar, que esta corporación ha sostenido de tiempo atrás, que «la permanencia en el ISS no se mide por el tiempo calendario» transcurrido, sino por el correspondiente a las semanas aportadas por el interesado, por lo que las cotizaciones al sistema de seguridad social deben calcularse teniendo en cuenta que las semanas equivalen a 7 días, los meses a 30, «sin importar que un mes tenga 28, 29 o 31 días» y los años a 360 días, ello con fundamento en los artículos

18 y 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3794-2015 y CSJ SL4658-2020).

Del mismo modo, lo adoctrinado jurisprudencialmente respecto a la aproximación de semanas para llegar al entero siguiente, no es aplicable en el presente asunto, puesto que ello solo procede frente a cifras que superen el 0,5 y a efectos de adquirir el derecho (CSJ SL, 26 oct. 2010, rad. 37500, reiterada en las decisiones CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42029 y CSJ SL5025-2018), que no es el caso que nos ocupa”.

De esta manera, y en virtud de lo dispuesto por la tesis jurisprudencial en comento, la aproximación de las semanas únicamente permitiría arribar a **49** semanas.

Pese a lo dicho, la Sala no puede pasar por alto que estamos frente a una persona que se encuentra en una condición especial que es objeto de protección conforme a los lineamientos de la sentencia **SU-588 de 2016**, por lo que sus derechos fundamentales se pueden ver vulnerados ante la falta de reconocimiento prestacional, por cuanto si bien la accionante no alcanza el número de 50 semanas exigida por la Ley 860 de 2003, presenta una patología denominada *“lupus eritematoso sistémico con compromiso de órganos o sistemas”*, considerada como una enfermedad de carácter progresiva, tal y como aparece en el dictamen proferido por Seguros de Vida Alfa S.A. En igual sentido, y para reafirmar tal concepto, la Academia Nacional de Medicina de Colombia ha dicho:

“El lupus es una **enfermedad crónica** autoinmune que puede afectar cualquier parte del cuerpo (la piel, las articulaciones y/o los órganos internos del cuerpo). Que sea una enfermedad crónica significa que los signos y las señales suelen durar más de seis semanas y se prolongan por muchos años.

Con el lupus, algo va mal con el sistema inmunológico, que es la parte del cuerpo que lucha contra virus, bacterias y gérmenes (invasores externos, como la gripe). Normalmente, el sistema inmunológico produce proteínas denominadas anticuerpos que protegen al cuerpo contra estos invasores externos.

El término autoinmune significa que el sistema inmune no puede apreciar la diferencia que existe entre estos invasores externos y los tejidos sanos del cuerpo, y produce autoanticuerpos (“auto” significa “propio”) que atacan y destruyen tejidos sanos.

Estos autoanticuerpos provocan inflamación, dolor y daños en distintas partes del cuerpo.

(...) ¿Cuáles son las 4 formas diferentes de lupus?

El lupus sistémico representa aproximadamente el 70 por ciento de todos los casos de lupus. En aproximadamente la mitad de estos casos, se afectará un órgano o tejido importante en el cuerpo, como el corazón, los pulmones, los riñones o el cerebro".¹

Sentado lo anterior, se hace necesario recordar que la H. Corte Constitucional ha desarrollado un sólido precedente para los casos en que la invalidez tiene como causa una ENFERMEDAD CONGÉNITA, CRÓNICA Y/O DEGENERATIVA, en los que resulta procedente establecer una fecha de estructuración material que es posterior o anterior a la fijada en los dictámenes.

Se parte como premisa que, en algunos casos, al momento de efectuarse la calificación se establece una fecha de estructuración que no refleja el momento en el que la persona realmente pierde su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Concretamente, en lo referente a la capacidad residual, la H. Corte Constitucional estableció:

"que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida. El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual

¹ <https://anmdecolombia.org.co/hechos-y-estadisticas-sobre-el-lupus/>

ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital”.

Entonces, en los eventos en los cuales la fecha de estructuración es anterior a la fijada en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, y en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, la Alta corporación de lo constitucional² ha considerado como **fecha de estructuración** de la pérdida de capacidad laboral un instante anterior a la data que establece el dictamen de la calificación de la invalidez, definiendo por tal aquella en la que la persona deja de trabajar por la enfermedad, **teniendo por tal, la fecha en la que cesaron las cotizaciones**³.

Y en la Sentencia SU- 588 de 2016 dijo que:

- “En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.
- Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.
- Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en

¹ Ver sentencias T-513 de 2014, T-713 de 2014, T-046 de 2019 y T-240 de 2019

situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

- En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como "(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe". Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional".

Por lo anterior, en la misma sentencia analizada, SU-588 de 2016, se señalaron las reglas aplicables al reconocimiento de la pensión de invalidez de las personas que padecen de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas. En esos casos, explicó que la evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no es sencilla, pues esas patologías:

"se presentan desde el nacimiento o son de larga duración o progresivas". Así las cosas, es posible que estas personas no acrediten las semanas legalmente requeridas para obtener la pensión de invalidez dentro de los tres años anteriores a la fecha del dictamen, pese a haber cotizado un número importante de semanas después de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Por lo tanto, si en estos casos no se tienen en cuenta las semanas cotizadas después de esa fecha, "se impondría a la persona una condición imposible de cumplir", lo que implica admitir que "por razón de su condición, no [tiene] la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud [le] haga imposible seguir laborando".

De conformidad con lo anterior, determinó que, en tales casos, la administradora de fondos de pensiones:

(i) "no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a [la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral]", sino

Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**

Demandado: **PORVENIR S.A.**

tener en cuenta factores como “las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral”; (ii) debe “verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, [a)] hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y [b)] que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social”, y (iii) debe determinar el momento desde el cual se verificará que la persona cuenta con el número de semanas legalmente requeridas para obtener la pensión, ya sea “la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional”.

Por su parte, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en su precedente, también ha acogido este criterio, señalando que los jueces excepcionalmente pueden apartarse de la fecha de estructuración, teniendo en cuenta el acervo probatorio que permita concluir el momento en el que la persona ha dejado de trabajar, entre otras se encuentran las sentencias **SL780-2021, SL5157-2020, SL5157-2020, SL21811-2017, y SL16374-2015 de 2015**, entre otras.

Se advierte con claridad que es criterio unánime de las dos Altas Cortes, que, en eventos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, puede suceder que la fecha de estructuración establecida por los organismos encargados de la calificación no corresponda a la realidad. Pero en todo caso se enfatiza que no basta con acreditar los aportes al sistema de pensiones, sino que es necesario probar la efectiva ejecución de una labor o actividad laboral.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1718-2021 respecto de las personas que siguieron cotizando, señaló:

“De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de

estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y, en consecuencia, se reitera, para identificar la fecha de causación de la pensión **es posible computar la última cotización efectuada** al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999, esto es, *una pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva.*

Así las cosas, pese a que al demandante se le estructuró la pérdida de la capacidad laboral a partir del 18 de diciembre de 1990, lo cierto es que realizó aportes al sistema pensional hasta el 30 de noviembre de 2004, que viene a ser, en este caso concreto, el factor determinante para concluir que desde esa data tuvo una pérdida de capacidad laboral de manera permanente y definitiva y, por tanto, una situación de invalidez amparable por el sistema de seguridad social.

En efecto, respecto a las alternativas referidas con anterioridad con el fin de establecer el momento a partir del cual puede determinarse el cumplimiento de los requisitos legales para definir el derecho pensional, debe precisarse que en este caso no se consideran las relativas a la data de calificación del estado de invalidez o la de la solicitud de reconocimiento pensional, pues el actor conservó capacidad laboral para trabajar, continuó cotizando al sistema general de pensiones y en el escrito inaugural solicitó la prestación de invalidez desde el 1.º de diciembre de 2004, esto es, teniendo en cuenta el último aporte que realizó.

De modo que esta última hipótesis -data de la última cotización- es la que debe considerarse en el *sub lite* para los fines anteriormente indicados, **toda vez que el demandante continuó ejerciendo actividades productivas hasta el 30 de noviembre de 2004 y, bajo esa perspectiva, no es dable desconocer los aportes pensionales que realizó hasta esta calenda, pues sin duda se encaminaron a edificar la prestación pensional en el evento en que se causara una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, tal y como aquí ocurrió en esta última fecha, sin que en tal contribución se advierta un ánimo de defraudar al sistema de seguridad social.**

Por tanto, la Sala determina el 30 de noviembre de 2004 como fecha a partir del cual deben contarse los aportes o semanas válidas para determinar el derecho a una pensión de invalidez”.

Así las cosas, y dado que se está frente a patologías que no aparecen de manera inmediata, sino que se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo, es dable considerar que estas permiten a la demandante trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que no pueda desarrollar su labor, esto es, hasta que no cuente más con capacidad residual.

De esta manera, es dable establecer que las semanas para calcular si se cumplen los requisitos de la pensión de invalidez es la **última fecha de cuando se efectuaron cotizaciones**, es decir, en el caso concreto, el 30 de octubre de 2016, encontrándose que dentro de los tres años anteriores (01 de noviembre de 2013 al 30 de octubre de 2016) se acumulan **64,28 semanas**, por lo que en tales condiciones es dable acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez teniendo como **fecha de reconocimiento el 01 de noviembre de 2016**.

Refuerza lo que aquí se concluye por la Sala, la sentencia identificada con la radicación **SL780-2021**, decisión en la que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, precisó que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, frente a padecimientos que pueden catalogarse como degenerativos, o que tienen efectos mediatos, por cuanto se presentan en un periodo prolongado, (con tal suerte que se conserva capacidad para laborar por determinado lapso aun después de la fecha de estructuración), la regla general se puede soslayar, pues un entendimiento contrario podría desconocer principios y normas de rango constitucional, especialmente el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión. Al respecto, dijo la H. Corte:

“conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisare, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarnos frente a enfermedad degenerativas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen.

Lo anterior tiene razón de ser por cuanto, en tratándose de padecimientos que pueden catalogarse como degenerativos, que es la del *sub examine*, sus efectos son mediatos, en razón a presentarse en un periodo de tiempo prolongado, de tal suerte que la asegurada conserva una cierta capacidad para laborar por determinado lapso temporal, aun después del diagnóstico, la que

sin lugar a dudas no se puede soslayar, puesto que sería desconocer principios y normas de rango constitucional que consagran el derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión”.

Aunado a lo anterior, resulta de igual manera relevante, el hecho referente a que las cotizaciones posteriores al evento que ocasionó la pérdida de capacidad laboral efectuadas por el afiliado no se hicieron con el fin de defraudar el sistema, puesto que la accionante no presentaba antecedente médico laboral de ningún tipo al momento de iniciar su vida laboral y su capacidad de trabajo fue menguando a la par que se encontraba afiliada al sistema de seguridad social, razones por las que se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado para en su lugar declarar que a la señora Rosa Paola Palacios Rojas le asiste el derecho a una pensión de invalidez en los términos del art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

VALOR DE LA MESADA PENSIONAL Y PRESCRIPCIÓN.

Para determinar el **valor la mesada pensional** es dable acudir al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en consonancia con el artículo 40 de la misma normatividad, última norma que dispone:

“ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de *invalidez* será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por *invalidez* no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

En ningún caso la pensión de *invalidez* podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de *invalidez* se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”.

Conforme a lo anterior, y efectuados los cálculos de rigor conforme la historia laboral de cotizaciones al Sistema General De Pensiones (fls 13 a 18) se tiene que:

				Año 2011			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/12/11	31/12/11	10	241.000,00	8.033,33	\$ 80.333,33		
Total días		10			\$ 80.333,33	\$ 8.033,33	\$ 241.000,00

				Año 2012			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	778.000,00	25.933,33	\$ 778.000,00		
01/02/13	28/02/13	30	880.000,00	29.333,33	\$ 880.000,00		
01/03/13	31/03/13	30	802.000,00	26.733,33	\$ 802.000,00		
01/04/13	30/04/13	30	827.000,00	27.566,67	\$ 827.000,00		
01/05/13	31/05/13	30	885.000,00	29.500,00	\$ 885.000,00		
01/06/13	30/06/13	7	204.000,00	6.800,00	\$ 47.600,00		
Total días		157			\$ 4.219.600,00	\$ 26.876,43	\$ 806.292,99

				Año 2015			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/15	31/08/15	30	794.000,00	26.466,67	\$ 794.000,00		
01/09/15	30/09/15	30	696.000,00	23.200,00	\$ 696.000,00		
01/10/15	31/10/15	30	684.000,00	22.800,00	\$ 684.000,00		
01/11/15	30/11/15	30	1.115.000,00	37.166,67	\$ 1.115.000,00		
01/12/15	31/12/15	30	817.749,00	27.258,30	\$ 817.749,00		
Total días		150			\$ 4.106.749,00	\$ 27.378,33	\$ 821.349,80

				Año 2016			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	690.000,00	23.000,00	\$ 690.000,00		
01/02/16	29/02/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/03/16	31/03/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/04/16	30/04/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/05/16	31/05/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/06/16	30/06/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/07/16	31/07/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

01/08/16	31/08/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/09/16	30/09/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
01/10/16	31/10/16	30	689.455,00	22.981,83	\$ 689.455,00		
Total días		300			\$ 6.895.095,00	\$ 22.983,65	\$ 689.509,50

CÁLCULO PROMEDIO ÚLTIMOS DIEZ AÑOS							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
2011	10	105,23651	126,14945	1,20	\$ 241.000,00	\$ 288.892,30	\$ 96.297,43
2012	157	109,1574	126,14945	1,16	\$ 806.292,99	\$ 931.805,06	\$ 4.876.446,48
2015	150	118,15166	126,14945	1,07	\$ 821.349,80	\$ 876.947,69	\$ 4.384.738,46
2016	300	126,14945	126,14945	1,00	\$ 689.509,50	\$ 689.509,50	\$ 6.895.095,00
	617	IB.L 2016					\$ 16.252.577,37
							\$ 790.238,77
Pensión		Pérdida de capacidad laboral	53,53%	Tasa de reemplazo	45,00%		\$ 355.607,45

Así, el valor a reconocer por concepto de pensión sería la suma de \$355.607,45, no obstante, y como quiera que dicho valor es inferior al salario mínimo legal de 2016, esto es, \$689.455, se ordenará el reconocimiento de la pensión con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, y en relación con la **prescripción** se aclara que, no se considera que operó tal fenómeno, dado que logró interrumpir la extinción de las mesadas al reclamarse el 16 de noviembre de 2016, y demandarse dentro de los tres años siguientes a tal solicitud, esto es, el 17 de mayo de 2019 (fl.36).

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo PORVENIR S.A. fueron que la accionante no alcanza las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pensión, lo que tiene asidero en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por lo que el fondo privado estaba obrando de conformidad con lo dispuesto en la normatividad que rige la materia, por demás que el reconocimiento prestacional se efectúa con fundamento en una postura eminentemente jurisprudencial.

Pese a lo anterior, se ORDENARÁ el reconocimiento de la prestación debidamente **indexada**, como quiera que las mesadas pensionales se podrían ver sometidas a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ la sentencia** objeto de estudio y, en su lugar, se **CONDENARÁ a la A.F.P. PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar a **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS** una pensión de invalidez **a partir del 01 de noviembre de 2016**, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, junto con una mesada adicional y los incrementos de ley;

Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**

Demandado: **PORVENIR S.A.**

prestación que se deberá pagar debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia impugnada. En su lugar, se **CONDENA** a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS una pensión de invalidez, a partir del 01 de noviembre de 2016, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, junto con una mesada adicional y los incrementos de ley; prestación que se deberá pagar debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00355 -01
Demandante: **ROSA PAOLA PALACIOS ROJAS.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

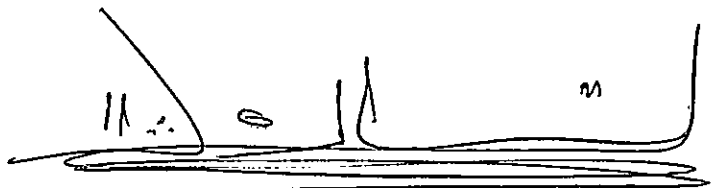
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LEONEL SALAS GONZÁLEZ** promoviese contra **INTERNACIONAL DE ELÉCTRICOS S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 02 de agosto de 2013 al 17 de enero de 2015; que devengaba la suma

de \$1'214.000; y que la relación laboral terminó sin justa y de manera unilateral por parte del empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de salario y auxilio del transporte del 16 y 17 de enero de 2015, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, e indemnización por despido injusto.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** El 02 de agosto de 2013 se celebró contrato de trabajo a término fijo por un término inicial de tres meses, el que se fue prorrogando en sucesivas ocasiones hasta el 02 de agosto de 2015; **2)** El 01 de octubre de 2013 fue nombrado en el cargo de Analista de Logística, con un salario de \$950.000; **3)** El 17 de enero de 2015 fue citado para esclarecer que pasó con 6000 unidades de tubería P.V.C. de ½ que fueron recibidos el 05 de diciembre de 2014, que no fueron registrados en el sistema, y que no se encuentran físicamente; **4)** El 17 de enero de 2015 le fue terminado su contrato de trabajo, por los hechos relacionados con la tubería; **5)** Se instauró denuncia penal en su contra, empero, el 13 de mayo de 2016 se archivó; **6)** Le fueron retenidos salarios y prestaciones sociales; y **7)** El 17 de agosto de 2017 acudieron a audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, no obstante, no logró ningún acuerdo con la demandada.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

INTERNACIONAL DE ELÉCTRICO S.A.S. (fls. 62 a 71), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de hechos de las obligaciones, inexigibilidad de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, prescripción, compensación, y la genérica.

Aceptó que terminó unilateralmente el contrato de trabajo del actor con justa causa; y que el 17 de agosto de 2017, intentó con el actor llegar a un acuerdo de conciliación.

Indicó que el accionante fue despedido, dado que se encontró que autorizó a terceras personas para que se apropiaran de 6000 unidades de tubería; que el actor dio la orden para el retiro de ese material sin autorización, y desconociendo las instrucciones del empleador; que en diligencia de descargos el demandante aceptó que un compañero también tomó material y lo vendió sin notificar a la empresa; que frente a los hechos anteriores se interpuso una denuncia penal; y que pagó la totalidad de salarios y prestaciones sociales al trabajador, empero que ante la negativa de éste de acercarse a las instalaciones de la empresa, efectuaron un depósito judicial el 09 de febrero de 2015.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 05 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor como trabajador y la sociedad INTERNACIONAL DE ELÉCTRICOS SAS como empleadora, existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente en el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2013 y el 17 de enero de 2015 y su último salario correspondió a la suma de \$1.124.000., conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda formuladas por el actor y **ABSOLVER** de las mismas a la demandada INTERNACIONAL DE ELÉCTRICOS SAS conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante. Tásense incluyendo como agencias en una suma equivalente a Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

En síntesis, refirió que no existió controversia en cuanto a los extremos temporales de la relación laboral, que esta terminó por decisión del empleador; que el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación del contrato de trabajo, la que se encuentra fundamentada en la pérdida de 6000 tubos de P.V.C. que fueron despachados en un carro de la accionada, sin que quedara registro de la entrada y salida de la misma; luego de analizar el acervo probatorio, especialmente del contrato de trabajo y el Manual de Responsabilidades y Autoridades, concluyó que resultaba posible establecer que el trabajador como Analista de Logística tenía la obligación de ingresar al software el material que llega a la empresa junto con sus precios, referencias, y sitios de entrega; que del acta de descargos se desprende que el accionante dio la orden de carga de la tubería, que entregó una planilla en blanco respecto de la mercancía que se cargó, que quienes realizaron el cargue fueron los auxiliares de logística de la empresa, y que en tiempo pasado otro trabajador tomó unos citófonos y un carrete de propiedad de la empresa para advertirlo; y que por lo anterior, es dable establecer que el accionante incurrió en una falta grave en el cumplimiento de su funciones, así como que no dio aviso de situaciones irregulares dentro de la empresa.

En cuanto a la prescripción, concluyó que dicho fenómeno no operó, puesto que las acreencias laborales solicitadas se causaron con posterioridad al día 15 de agosto de 2014, y se reclamó ante el empleador el mismo día y mes de 2017; que se encuentran liquidadas todas las acreencias requeridas por el accionante, que el trabajador autorizó el descuento al tener una deuda por concepto de libranza; que por lo anterior, únicamente quedaba a favor del actor el saldo de \$411.319, que fue consignado mediante depósito judicial al que puede acceder acercándose al despacho con la carta de autorización y la cédula de ciudadanía. Estimó que la accionada obró de buena fe al consignar por medio depósito judicial, los dineros que creyó deber a su trabajador, por demás que no obra prueba de que el

actor adelantó las diligencias para el pago de sus acreencias laborales, y conforme al artículo 250 del C.S.T. el empleador puede abstenerse de efectuar el pago de las cesantías hasta que la justicia decida si se incurrió en algún acto delictuoso o genere un daño grave intencionalmente a los edificios, obras, maquinaria, materias primas, instrumentos y demás objetos.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que la causal de justificación de un despido debe ser clara y expresa, y debe ser específica cuando se está frente a un hecho delictuoso; y que en la carta de terminación no se hizo referencia a la pérdida de unos citófonos y de otros elementos, pues únicamente se fundamenta en la pérdida de 6000 tubos.

Concluyó expresando frente a las acreencias laborales e indemnización moratoria, que la consignación en depósito judicial solamente es posible si la persona no aparece dentro de los 15 días siguientes; y que se acreditó en juicio que el Fiscal archivó el proceso penal por la carencia de pruebas, situación en que se evidencia la mala fe del empleador pues iniciaron un proceso penal sin justificación, sin pruebas, para no pagar.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el despido del actor devino en injusto; si hay lugar al reconocimiento de acreencias laborales; y si se debe reconocer indemnización moratoria.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

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

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación obedeció a la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que el fin del vínculo se suscitó por una

terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en establecer que si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación de la relación laboral, sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido. Al respecto, se puede consultar las sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y más recientemente SL2123-2020, en las que se tiene dicho:

“Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1º jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...].”

De igual manera, ha de recordarse, que no existe una exigencia legal respecto de un modelo único de carta de despido, y que basta que el empleador le señale al trabajador en ella, de manera clara, los motivos por los cuales ha decidido prescindir de sus servicios o las causales legales, reglamentarias o contractuales, dentro de las que se enmarca la conducta que le imputa como falta. Así lo tiene adoctrinado la máxima

corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en las sentencias SL10426-2017 y SL7038-2017 que reiteró la sentencia SL8028-2014, en la que indicó:

“Sobre este aspecto, tiene asentado la Sala que aunque es indispensable que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, el empleador cumple con esa carga describiendo los sucesos que soportan la medida, o invocando el precepto legal eventualmente trasgredido por el empleado, o ambos si lo prefiere”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, los extremos del vínculo, el cargo desempeñado por el demandante, el último salario devengado, la realización de diligencia de descargos al demandante el 17 de enero de 2015, que el empleador terminó el contrato de trabajo aduciendo una justa causa de despido, la consignación el 04 de marzo de 2015 a órdenes del Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá por la suma de \$411.319 por concepto de valores adeudados y liquidación final de prestaciones sociales del demandante, hecho que además se le comunicó al trabajador el 05 de marzo de 2015 (fl.100 a 106); que el 13 de mayo de 2016 se archivó la denuncia penal elevada por la demandada con ocasión a los hechos del 04 de diciembre de 2014 (fls. 29 a 32) y finalmente, que el accionante autorizó el descuento de \$1'313.480 por concepto de libranza que tenía con el Fondo de Empleados Almacenes Eléctricos- Felec (fls. 118 y 119).

De igual manera, al revisar la documental incorporada al plenario se tiene en primer lugar que la accionada tiene un *Manual de Responsabilidades y Autoridades*, en la que se establece que el objetivo principal del cargo de Analista de Logística es ingresar los productos al software SAP, verificando

que se cumplan por los requisitos establecidos por la organización, tales como precios, cantidades, referencias, sitio de entrega; registrar en SAP los documentos con los que se formalizan los traslados de mercancías; registrar la información de los ingresos de mercancía realizados en los formatos definidos por la organización; entre otras (fls. 114 a 117).

En segundo lugar se tiene que, en la diligencia de descargos efectuada por el empleador, el 17 de enero de 2015, con el fin de esclarecer lo sucedido con 6000 unidades de tubería P.V.C. de ½ que aparecen recibidas el 05 de diciembre de 2014, pero que no fueron ingresados al sistema sin encontrar además sobrantes del mismo (fl.21) el demandante indicó que dio la orden de cargar los tubos de P.V.C. de ½ en el camión de placas SUP 003 de Ilumiredes; que el día que se les prestó el carro a Néstor Romero fue cuando más se despacharon tubos de P.V.C.; que cuando sale un carro, él (el demandante) es el que entrega y hace la planilla; que la planilla se entregó en blanco; que las personas que cargaron esas tuberías fueron los auxiliares de logística por órdenes de Néstor Romero, por cuanto a él no le hacen caso; que conoció de otras irregularidades, como cuando a Néstor Romero le llegaron unos citófonos que eran unas garantías, “él traspapeló eso, y lo vendió”; y que lo anterior, lo hace culpable por omisión pero no por participación (fls. 22 a 25).

Posterior a la diligencia de descargos el empleador comunicó el despido del trabajador mediante comunicación en la que adujo lo siguiente:

“Por medio de la presente nos permitimos comunicarle que la Empresa ha resuelto dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo por justa causa.

Para esta decisión, la Empresa se apoya en el Art.7° Decreto 2351 de 1965 del C.S.T. numeral 5 y 6 e incumplimiento de la cláusula cuarta tercera de su contrato de trabajo “Cuidar permanentemente los intereses de la empresa”

Esta determinación se hace efectiva al finalizar la jornada de trabajo del día 17 de enero del año en curso”

Adicional a la prueba documental recaudada, se recibieron los testimonios de los señores **Nidia Mahecha Conde y Brian Alejandro García Fernández**, de los que se extracta lo siguiente:

Nidia Mahecha Conde, afirmó en su condición de Coordinadora de Nómina que el actor estuvo en la empresa de 2013 al 17 de enero del 2015; y que fue despedido por justa causa por un abuso de confianza y poner en riesgo los intereses de la empresa; indicó que al demandante se le inició un trámite de investigación disciplinaria por omitir sus deberes de analista de inventarios, se le aplicó el debido procedimiento disciplinario; que el actor firmó un documento donde se dejó constancia de las respuestas y preguntas que se le hicieron; que al actor se le generó un pago judicial y tenía un crédito de libranza, por lo que, se le aplicaron los descuentos de ley; que al actor se le canceló la totalidad de salarios, vacaciones y prestaciones sociales; que el demandante dio autorización de que se le descontara de su salario y prestaciones el valor que adeudaba por libranza; y que el depósito judicial se generó porque el actor nunca se presentó a reclamar la liquidación.

Por su parte, **Brian Alejandro García Fernández** manifestó en su condición Director de Inventarios del empleador demandado, que al actor se le despidió a raíz de una pérdida de 6000 tubos de P.V.C.; que se revisaron los videos y encontraron que el cargue fue el día 19 de diciembre del 2014 sin que existiera documento que soportara ese despacho; que se citó a todo el personal con el fin de aclarar que pasó con la entrega de ese día y se exhibieran los documentos de tal despacho, pero lo que se evidenció fue que no se contó con la autorización para esa entrega; que el actor informó que uno de los trabajadores antes había tomado una mercancía del inventario sin autorización y que la había sacado para venderla; que los tubos no entraron al inventario; que en los videos se registra el ingreso por parte del transportador y que los recibió un trabajador; que siempre dejan un registro en el sistema, pero que había una factura que no

tenía registro, por lo que empezaron a investigar el porqué de tal circunstancia, de manera que, le pidieron el recibo al proveedor y éste dijo que el día 05 de diciembre había remitido la mercancía, pero en ningún lado estaba registrada; que esa mercancía la recibió un auxiliar de logística; que la salida de esa mercancía fue autorizada por el demandante, él prestó el vehículo para que se realizara el cargue de la tubería; que el cargue de la tubería la ejecutaron los demás muchachos de logística; que como Coordinador del Punto estaba Néstor Romero; que no había autorización o reporte por parte del demandante para el cargue de ese camión, no había registro en el sistema ni se dejó soporte o rastro de la planilla; que el demandante omitió el procedimiento de la empresa, puesto que no hizo la validación ni verificación de lo que se iba, así como tampoco diligenció la planilla de despacho; que en la diligencia de descargos una de las faltas que el actor indica es que omitió información y dar aviso de este proceso irregular de despachar la mercancía sin documento, y que conoció de un movimiento extraño que hubo con unos citófonos y un cable dúplex, en el que uno de los trabajadores lo saco sin autorización y los vendieron; que la mercancía no fue recuperada y ascendía a unos \$10'000.000; y que la causa del despido fue un abuso de confianza y omitir información poniendo en riesgo los intereses de la compañía.

Del mismo modo, el demandante en **interrogatorio de parte** señaló que tenía las funciones y deberes de cuidar los intereses de la empresa, tramitar autorización para el cargue de material y salida de material propiedad de la empresa, controlar la mercancía que ingresaba y salía de la empresa, llenar la planilla de control de ruta de vehículos, seguir los procedimientos de cargue y despacho de mercancía de la empresa.

Pues bien. En el análisis integral de las probanzas referidas la Sala coincide con la decisión de la primera instancia en lo relativo a la justeza del despido, al evidenciar una falta grave cometida por el demandante, en la ejecución del contrato de

trabajo, pues se encuentra acreditado que este autorizó el descargue de material correspondiente a 6000 unidades tubería P.V.C. de ½, sin efectuar la respectiva constancia, registro o planilla del ingreso de dichos insumos; función que como ya quedó visto en precedencia estaba dentro de las asignadas a su perfil como quiera que debía registrar en el *software SAP* los documentos con los que se formalizaban los traslados de mercancías, registrar la información de los ingresos de mercancía y verificar que se cumplieran los requisitos establecidos por la organización, tales como, precios, cantidades, referencias, sitio de entrega.

De esta manera, teniendo en cuenta que la mercancía a la que se hace alusión se extravió o salió del dominio del empleador y se evidenció negligencia, omisión o descuido del demandante que contribuyó a ese resultado, para la Sala resulta evidente que con su conducta el actor incurrió en la justa causa que se le endilga, la que se fundamentó en el artículo 3° del contrato de trabajo suscrito entre las partes (fls 12 a 19), norma que a juicio de la Sala se incumplió no sólo al autorizarse la carga de los tubos de P.V.C. de ½ en el camión de placas SUP 003 de Ilumiredes, y no tenerse registro de su entrada y salida en el sistema de la compañía pese a que era función del actor, sino también por cuanto conoció de otras irregularidades, como la venta irregular de citófonos y otros elementos que llegaron como garantías por parte de un compañero de trabajo Néstor Romero.

En este punto, es necesario reiterar que jurisprudencialmente se ha señalado que una carta de despido no tiene un modelo único y que basta con que se señalen los motivos por los cuales se prescinde de los servicios o se indique las causales legales, reglamentarias o contractuales, dentro de las que se enmarca la conducta que le imputa como falta; en el caso, es claro que el empleador enunció como causal de terminación del contrato de trabajo, la falta de cumplimiento del cuidado permanente de los intereses de la empresa, lo que

ciertamente encuentra su sustento en el artículo 3 del contrato de trabajo, en el que se señala, entre otras obligaciones del trabajador, las siguientes: *i) Observar rigurosamente las normas que le fije la empresa para la realización de la labor; ii) Ejecutar por sí mismo las funciones asignadas y cumplir estrictamente las instrucciones que le sean dadas por la empresa, o por quienes la representen, respecto del desarrollo de sus actividades; iii) Cuidar permanentemente los intereses de la empresa; y iv) Cumplir plenamente con el espíritu de lealtad, colaboración y disciplina de la empresa.*

Aunado a ello, un análisis integral de las pruebas, permite establecer sin lugar a dubitaciones que la terminación del contrato de trabajo fue porque el accionante atentó contra los intereses de la empresa, y si bien no se determina hecho por hecho las conductas, las mismas claramente están identificadas en la diligencia de descargos, en las que se reitera, el trabajador aceptó que las 6000 unidades de tubería P.V.C. de ½ que aparecen recibidas el 05 de diciembre de 2014, no fueron ingresadas al sistema sin encontrar sobrantes del mismo (fl.21); que fue él quien dio la orden de cargar los tubos de P.V.C. de ½ en el camión de placas SUP 003 de Ilumiredes; que cuando sale un carro, es él quien entrega y hace la planilla; que la planilla se entregó en blanco; y que conoció de otras irregularidades, como cuando a Néstor Romero le llegaron unos citófonos que eran unas garantías, “él traspapeló eso, y lo vendió”; y que lo anterior, lo hace culpable por omisión, pero no por participación (fls. 22 a 25). En consecuencia, es evidente que el actor no acató su obligación de “Cuidar permanentemente los intereses de la empresa”, tal y como se determinó en la carta de despido.

Aunado a ello, la anterior falta también configura un incumplimiento grave a las obligaciones del contrato de trabajo, lo que se encuentra enmarcado en el numeral 6° del artículo 62 del C.S.T., por manera que las causales de terminación no sólo se enmarcan a lo que establece la carta de terminación sino

además en las causales legales de terminación de un contrato de trabajo; circunstancia que permite reafirmar la justeza el despido.

ACREENCIAS LABORALES.

Al respecto, observa la Sala que en el plenario obra la liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones del trabajador, en la que se incluyeron los siguientes rubros: dos días de salario, dos días de auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones.

Ahora bien, sobre la liquidación final de prestaciones sociales se efectuó un descuento por parte del empleador, por concepto de libranza por la suma de \$1'319.476, la que fue autorizada por el trabajador, lo que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 149 del C.S.T., norma que dispone:

“Artículo 149. Descuentos prohibidos

1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.

3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento”.

Por tanto, al existir una autorización del trabajador con destino al pago de una libranza, y que el descuento efectuado por el empleador fue en obediencia de tal circunstancia, considera la Sala que la única suma que estaba a cargo de la accionada era la diferencia entre la liquidación final de prestaciones sociales y el valor que objeto de autorización de descuento, quedando de esta manera un saldo por la suma de \$411.319; rubro que fue consignado a través de depósito judicial del 04 de marzo de 2015.

En relación con el depósito judicial aludido no encuentra la Sala que se hubiere autorizado al trabajador el retiro de dicha suma, por lo que ante la falta de documento en tal sentido, no queda otro camino que **REVOCAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que se ORDENA a la demandada, en caso no haberlo realizado, que autorice el pago del depósito judicial N° 40010000488; y que en caso de no lograrse su cobro, pague al demandante la suma de \$411.319 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos;>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

La máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no

se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, considera la Sala que, contrario a lo que precisa la activa en su argumento de apelación, el actuar de la empresa demandada se encuentra desprovisto de mala fe, puesto que las pruebas militantes en las diligencias permiten considerar que el empleador pese a no consignar directamente al trabajador sus prestaciones sociales, no tuvo el ánimo de sustraerse de sus obligaciones patronales, por el contrario, constituyó un título y pagó la suma que creyó deber.

En igual sentido, y si bien no obra constancia de autorización del depósito valor, lo cierto es que por los hechos que el accionante fue despedido era viable una investigación penal, por lo que en tal escenario el empleador podía abstenerse de efectuar su pago hasta que la justicia decidiera. En efecto, el artículo 250 del C.S.T., establece:

“Artículo 250. Perdida del derecho

1. El trabajador perderá el derecho de auxilio de cesantías cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

a). Todo acto delictuoso cometido contra el {empleador} o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero en afinidad, o el personal directivo de la empresa;

b). Todo daño material grave causado intencionalmente a los

edificios, obras, maquinaria y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo,

c). El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.

2. En estos casos el {empleador} podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida". (Negrillas por la Sala).

Por lo brevemente expuesto considera la Sala que la razón está del lado del A Quo cuando decidió negar el pago de la indemnización moratoria deprecada en la demanda, lo que conlleva inexorablemente a la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia en el punto de apelación.

VII. COSTAS.

Sin costas en ambas instancias.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR el numeral segundo de la sentencia, en su lugar, se ORDENA a INTERNACIONAL DE ELÉCTRICOS S.A.S, en caso no haberlo realizado, que autorice el pago del depósito judicial N° 40010000488; y que en caso de no lograrse su cobro, pague al demandante la suma de **\$411.319** por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

SEGUNDO – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO–. Sin costas en ambas instancias.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00103 -01

Demandante: **LEONEL SALAS GONZÁLEZ.**

Demandado: **INTERNACIONAL DE ELÉCTRICOS S.A.S.**

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

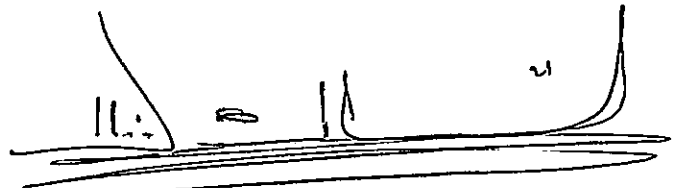
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310502020190043701

Demandante: **ROSA ELVIRA RODRÍGUEZ RAMÍREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

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

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) BELCY BAUTISTA FONSECA, identificado (a) con C.C. No. 1.020.748.898 y T.P. No. 205.907 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ROSA ELVIRA RODRÍGUEZ RAMÍREZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos ahorrados por la accionante y a esta última a aceptarlos.

Fundamenta sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

1) Nació el 11 de abril de 1970; 2) Inició su vida laboral el 23 de agosto de 1988 y realizó sus aportes al ISS, donde cotizó 362.43 semanas; 3) Para el mes de agosto de 1996 se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; 4) Al revisar el formulario de afiliación, observa que allí esta su firma, pero que la letra del formulario no es la suya y que no tuvo contacto con el asesor; 5) Para el año 2000 firmó formulario de afiliación con la AFP Horizonte, pero tampoco tuvo contacto con la asesora; 6) Para el año 2002 firmó formato de pensiones Santander y tampoco tuvo contacto con la asesora; 7) Nunca fue asesorada ni se le presentó proyección alguna frente a su mesada pensional y no conocía de las diferencias entre los regímenes o fondos; 8) Actualmente se encuentra afiliada a la AFP Santander – hoy Protección S.A.; 9) En diciembre de 2018 solicitó traslado a Protección y Colpensiones, solicitud que le fue negada; 10) A la fecha tiene un total de 1.462 semanas cotizadas; 11) Su decisión de traslado no estuvo precedida del consentimiento informado y con este, al tener una expectativa legítima para la obtención de su pensión, perdió la posibilidad de tener una mesada pensional congrua a su vida digna.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 130 a 155 – Archivo 2019-437), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, la accionante contaba con 23 años, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición y a la fecha en que solicitó ante Colpensiones el retorno, esto es 22 de enero de 2019, contaba con 49 años, encontrándose dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

De otro lado, adujo, al momento de la afiliación al RAIS la demandante no se encontraba si quiera frente a una mera expectativa de pensionarse dentro del régimen de prima media (en adelante RPM), pues al 1° de abril de 1994 contaba con 23 años y no tenía el requisito de semanas o tiempo de servicios para regresar al RPM en cualquier tiempo.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de Colfondos S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

PROTECCIÓN S.A. (fl. 186 a 258 Archivo 2019-437) se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema

general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

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

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

Finalmente, indicó que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 289 a 322. Archivo 2019-437), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas prescripción,

prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

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

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

Adujo que la actora, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculado al RAIS.

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora Rosa Elvira Rodríguez Ramírez a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., realizado el 2 de agosto de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada Rosa Elvira Rodríguez Ramírez, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones EICE y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor. (...)”

En síntesis, el *a quo* indicó que, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 1680 de 2019, indicó que la consecuencia por la falta de información en el traslado es la declaratoria de la ineficacia de dicho traslado y ya que esta supone un acto jurídico existente y válido pero que no produce efectos finales o qué por disposición del legislador, a través de la ley 100 de 1993, consagró de manera expresa que la violación al derecho de la decisión del traslado libre es la ineficacia.

Expuso que, como quiera que la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones, se observa que esta AFP no demostró en juicio que había cumplido con el deber de brindar a la demandante información suficiente, clara, pertinente y oportuna del régimen de prima media, al que se encontraba afiliada, para vincularse al RAIS a través de este fondo y como quiera que no se cumplió el deber que se tenía de acuerdo con la prueba dinámica, es imperioso concluir que la demandada Porvenir S.A. faltó al deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Precisó que, en cuanto a la carga de la prueba, el artículo 167 del CGP indica: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que

ellas persiguen” y en tal sentido, el Honorable Tribunal ha señalado, en sentencia del 10 de octubre de 2019 proceso 19201519015: “Vicios de error fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que lo alegan de manera alguna pueden trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo”.

Expuso que debe tenerse en cuenta que la demandante efectuó traslados dentro del RAIS, lo que se demuestra con la documental de folio 164.

Adicionalmente, indicó, conforme la jurisprudencia citada le compete a la demandante de mostrar los vicios de dolo o fuerza, ya que no resulta es proporcional imponer la carga de la prueba a la administradora de pensiones máxime cuando la afiliación se dio hace más de 20 años configurándose imposible demostrar las circunstancias del traslado, pues para esa fecha no era obligatorio dejar un registro de la asesoría, con lo que es completamente legal del principio de que nadie está obligado a lo imposible.

Finalmente, dijo que, frente a la condena en costas se está en detrimento patrimonial.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 24 de mayo del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en las contestaciones y recurso interpuesto.

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

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

VII. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

Demandante: **ROSA ELVIRA RODRÍGUEZ RAMÍREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

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

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición

de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

(...)

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

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

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

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de

que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 lo siguiente:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las

cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa i) se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 23/08/1988 (Fl. 118 Archivo 2019-437 y Archivo HL); ii) que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 02/08/1996 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl. 77 y 315 archivo No. 2019-437); iii) posteriormente, efectuó traslado a la AFP Horizonte el día 03/08/2000 (fl. 78 y 316 archivo 2019-437) y iv) que los días 18 y 22 de enero de 2019 (fl. 80 y 114 archivo 2019-437) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las demandadas.

Pues bien, a folios 77 y 315 del archivo 2019-437, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 02/08/1996 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son

insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, Porvenir S.A. tiene la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, señalando que, tal como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que no es cierto que para el año 1994 las mismas no tuvieran esa obligación.

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

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

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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

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

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

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

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

Es por ello que la Sala encuentra acertada la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la

ineficacia del traslado y no su nulidad, por lo que no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, reiterándose que resulta inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

De otro lado, pese a que el A quo no hizo pronunciamiento alguno frente a la devolución de cuotas o gastos de administración, y tampoco fue un concepto incluido en la apelación presentada por Colpensiones, lo que en principio impondría abstenerse de estudiar el recurso, lo cierto es que, en todo caso, en virtud de la *Consulta* que se surte en favor de dicha entidad, la Sala abordará el tema, encontrando que, al declararse la ineficacia del traslado deben devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ellos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón por la que **SE ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado para ordenar la devolución de **cuotas o gastos de administración debidamente indexada**.

Ahora, en cuanto a lo argüido por Colpensiones, respecto de los traslados horizontales que la demandante hizo entre administradoras del mismo RAIS, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el traslado efectuado entre AFP del RAIS.

En cuanto al tema de las meras expectativas, debe decirse que, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que el afiliado tuviese una expectativa pensional al momento del traslado de régimen o la calidad de beneficiario del régimen de transición, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la

Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

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

En cuanto a lo solicitado por Colpensiones respecto de la condena en costas, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, es pertinente REVOCAR la misma, ya que esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

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

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

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

Conforme lo antes expuesto, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo

a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: REVOCAR la condena en costas impuesta a Colpensiones en primera instancia, por las razones arriba expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

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

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) BELCY BAUTISTA FONSECA, identificado (a) con C.C. No. 1.020.748.898 y T.P. No. 205.907 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: Reconózcase personería jurídica a la doctora JUANITA ALEXANDRA SILVA TÉLLEZ, identificada con C.C. No. 1.023.967.067 y T.P. No. 334.300 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **ALBA VARGAS SUÁREZ**

promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 10 de agosto de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga a la actora entre los afiliados en el régimen de prima media (en adelante RPM), así como se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados y rendimientos financieros.

Fundamenta sus pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

1) Se trasladó del RPM a Porvenir S.A. el 10 de agosto de 1995; 2) El asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en los regímenes pensionales; 3) Porvenir S.A. es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto del cambio de régimen, así como los beneficios y consecuencias del mismo; 4) Porvenir S.A. realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado, cotizando, para el año 2019 su mesada pensional en el valor de \$1.059.300; 5) Realizando la simulación pensional en el RPM, para el año 2019 obtendría una mesada pensional de \$2.973.212; 6) Radicó derecho de petición ante Colpensiones el día 14 de junio de 2019, solicitando la nulidad del traslado efectuado a al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS), solicitud que fue negada mediante comunicación del 17 del mismo mes y año.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 90 a 129 - Archivo 2019-773), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

Indicó que, para el año 2019, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones su traslado, contaba con 58 años, esto es, cuando se encontraba dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente, para el momento de la afiliación al RAIS, la demandante se encontraba frente a una mera expectativa, pues como se desprende de los hechos y pruebas documentales, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1° de abril de 1994, contaba con 33 años y no tenía el requisito de semanas o tiempo de servicio, con lo que no era beneficiaria del régimen de transición para regresar al RPM en cualquier tiempo.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 130 a 203 Archivo 2019-773), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Expuso que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión por ella tomada se hizo de forma consciente y espontánea.

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

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

Concluyó mencionando que el actuar de esa AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo por mandato legal y reglamentario.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora Alba Vargas Suárez, a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., realizado el 10 de agosto de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada Alba Vargas Suárez, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones EICE y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor. (...)”

En síntesis, el *a quo* indicó que, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 1680 de 2019, indicó que la consecuencia por la falta de información en el traslado es la declaratoria de la ineficacia de dicho traslado y ya que esta supone un acto jurídico existente y válido pero que no produce efectos finales o qué por disposición del legislador, a través de la ley 100 de 1993, consagró de manera expresa que la violación al derecho de la decisión del traslado libre es la ineficacia.

Expuso que, como quiera que la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones, se observa que la AFP encartada no demostró en juicio que había cumplido con el deber de brindar a la demandante información suficiente, clara, pertinente y oportuna del régimen de prima media, al que se encontraba afiliada, para vincularse al RAIS a través de este fondo y como quiera que no se cumplió el deber que se tenía de acuerdo con la prueba dinámica, es imperioso concluir que la demandada Porvenir S.A. faltó al deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Precisó que, en cuanto a la carga de la prueba, el artículo 167 del CGP indica: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y en tal sentido, el Honorable Tribunal ha

señalado, en sentencia del 10 de octubre de 2019 proceso 19201519015: “Vicios de error fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que lo alegan de manera alguna pueden trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo y que las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en los que fundan sus pretensiones”.

Expuso que han transcurrido más de 20 años desde la suscripción del formulario de afiliación, lo cual dificulta el poder probar, máxime cuando para la fecha del traslado no se dejaba un registro por escrito de las asesorías, por lo cual, al ser la demandante quien afirma que ha sido engañada por parte de la AFP demandada, en concordancia con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del CGP le corresponde a ella la carga de probar, lo que brilla por su ausencia en este caso, habiéndose demostrado con el interrogatorio de parte que el fue asesor quien le realizó una proyección de cuál sería su mesada pensional y firmó eligiendo a Porvenir S.A.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admite el recurso de apelación.

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

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información , asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información , asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese

sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios

a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

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

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

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

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

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional,

o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 dijo que:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una

pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES en el mes de julio de 1995 (Archivo HL); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 10/08/1995 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl. 13 y 200 archivo No. 2019-773); y **iii)** el día 14/06/2019 (fl. 15 archivo 2019-773) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

Pues bien, a folios 13 y 200 del archivo 2019-773, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10/08/1995 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que PORVENIR tiene la libertad de usar cualquiera medio probatorio – que no solo el documental – de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, pese a que el *A quo* no hizo pronunciamiento alguno frente a la **devolución de cuotas o gastos de administración**, y tampoco fue un concepto incluido en la apelación presentada por **Colpensiones**, lo que en principio impondría abstenerse de estudiar el recurso, lo cierto es que, en todo caso, en virtud de la *Consulta* que se surte en favor de dicha entidad, la Sala abordará el tema, encontrando que, al declararse la ineficacia del traslado deben devolverse todos los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., incluyendo los gastos de administración, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ellos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que **SE ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado en el sentido que omitió ordenar la devolución de cuotas o gastos de administración debidamente indexados.

En cuanto al tema de las meras expectativas, debe decirse que, como lo expuso la jurisprudencia citada en la parte motiva de esta decisión, resulta irrelevante que el afiliado tuviese una expectativa pensional al momento del traslado de régimen o la calidad de beneficiario del régimen de transición, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En cuanto a la afectación del principio de sostenibilidad financiera, ello no acontece así, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone

el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, frente a la inversión de la carga de la prueba, en la pluricitada sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, se explican las razones por las cuales, en casos como el que hoy nos ocupa, se da la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado o demandante. En tal sentido, tal y como acontece en el presente asunto, la demandante afirmó no haber recibido por parte de Porvenir S.A. la información veraz y suficiente al momento en que efectuó el traslado de régimen, afirmación que se acredita con el hecho contrario, es decir que la información se suministró, lo que corresponde a, en este caso, Porvenir S.A. y como en antecedencia se dijo, ello no aconteció, por lo que no pueden salir avante los argumentos expuestos por Colpensiones, en tal sentido.

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

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

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

Conforme lo antes expuesto, frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros provisionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

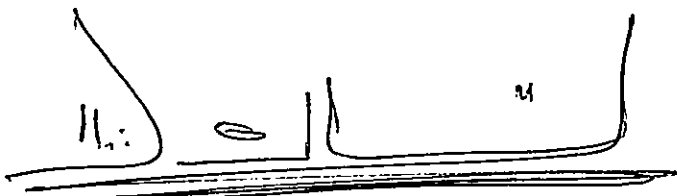
Código Único de Identificación: 11001310502020190077301

Demandante: **ALBA VARGAS SUÁREZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00807 -01
Demandante: **MANUEL RICARDO MENDOZA TIBATÁ.**
Demandado: **FPS GROUP S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MANUEL RICARDO MENDOZA TIBATÁ** promoviese contra **FPS GROUP S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 16 de noviembre de 2018 al 21 de agosto de 2019;

y que la terminación del contrato fue de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, salarios del 21 al 29 de agosto de 2021, y bonificaciones.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta: **1)** El 16 de noviembre de 2018 fue contratado por la demandada para desempeñar las funciones de Vendedor Externo; **2)** El 21 de agosto de 2019 la demandada le hizo llegar vía correo electrónico un acta de terminación de contrato laboral por mutuo acuerdo; **3)** Devengaba \$2'418.544; **4)** Desarrolló sus labores de manera personal, atendiendo las instrucciones de su empleador, y cumpliendo un horario de trabajo; **5)** No se le han pagado las acreencias laborales que solicita.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

FPS GROUP S.A.S. (fls. 80 a 89), se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del contrato aportado y aducido por el demandante, compensación, cobro de lo no debido, mala fe, y la genérica.

Aceptó que el accionante laboró a su servicio como Vendedor Externo. Indicó que en el caso se pretende hacer valer un contrato inexistente por no contar con la expresión de voluntad de la accionada, y contrario sensu se quiere desconocer las condiciones pactadas en el contrato que efectivamente

celebraron; que el accionante les adeuda un dinero por un computador portátil; que desde el 31 de julio de 2019 no se presentó más a trabajar; y que quien ha obrado de mala fe ha sido el trabajador pues en un principio aceptó la liquidación de prestaciones sociales efectuadas, y posteriormente, las rechazó.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 07 de diciembre de 2020, en la que se dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor y FPS GROUP S.A.S., existió un contrato de trabajo a término fijo de un año entre el 16 de noviembre de 2018 y el 21 de agosto de 2019, devengando como último salario la suma de \$1'200.000 de sueldo básico, \$97.032 de auxilio de transporte y \$300.000 de auxilio de teléfono y rodamiento.

SEGUNDO: CONDENAR a FPS GROUP S.A.S., a pagar favor del actor la suma de \$5'437.298., por los conceptos de:

	valor adeudado
Cesantías	\$ 994.391
Intereses cesantías	\$ 91.484
Prima de servicios	\$ 994.391
Vacaciones	\$ 920.000
Sueldo de julio	\$ 1'200.000
Sueldo 1-21 agosto	\$ 840.000
Aux. transporte	\$ 97.032
Aux, tel. y Rodamiento	\$ 300.000

TERCERA: CONDENAR a FPS GROUP S.A.S., a pagar favor del actor la suma de \$40.000 diarios en atención al último salario de \$1'200.000, contabilizados a partir del 22 de agosto de 2019, día después de la terminación de la relación laboral hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, en los términos del art. 65 del CST. Por concepto de indemnización moratoria, por lo considerado en esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a FPS GROUP S.A.S., a pagar favor del actor la suma de \$7.440.000, por concepto de SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE AUXILIO DE CESANTÍA correspondiente a un día de salario por cada día de retardo entre el 15 de febrero de 2019 y el 21 de agosto de 2019 fecha en que finalizó la relación laboral.

QUINTO: CONDENAR a la demandada FPS GROUP S.A.S., a pagar favor del actor la suma de \$91.484 por concepto de SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE AUXILIO DE CESANTÍAS (sic).

SEXTO: DECLARAR probadas la excepción de inexistencia del contrato aportado por el demandante, lo anterior como quiera que se le dio validez al contrato aportado por la demanda.

SÉPTIMO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido respecto a las pretensiones del pago de bonificaciones y la sanción por despido sin justa causa.

OCTAVO: ABSOLVER a la demandada FPS GROUP S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

NOVENO: CONDENAR en costas a la demandada FPS GROUP S.A.S. Tásense incluyendo como agencias en una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes

En síntesis, refirió el A Quo, que no fue objeto de controversia la existencia de un contrato entre las partes ni su extremo inicial; que conforme al contrato de trabajo obrante en el plenario, es dable establecer que la relación que ató a las partes lo fue a término indefinido, y que el vínculo laboral se extendió hasta el 21 de agosto de 2019, según se extrae de la prueba testimonial, más aún si se tiene en cuenta que obran diferentes citaciones a descargos de septiembre de 2019 y dicha relación se pudo haber extendido hasta el 04 de octubre de 2019, fecha en la que se comunicó la terminación del vínculo laboral.

Indicó que no obra prueba del hecho despido del accionante, carga que le correspondía acreditar a esta parte, por demás que no hubo claridad en la fecha de terminación. Encontró que el salario correspondía a \$1'200.000, así como aparece acreditado que el actor devengaba auxilio de transporte, auxilio de teléfono y de rodamiento; que no se demostró que los auxilios de teléfono y rodamiento fuesen salario, puesto que no obra prueba de la que se pueda extraer que se pagaban por el servicio del actor; y que el proceso se encuentra huérfano de prueba a fin de establecer las sumas que se pagaron por concepto de comisiones.

Encontró que no se acreditó el pago de prestaciones sociales, vacaciones, así como tampoco el salario de julio y agosto de 2019; y que la liquidación final de prestaciones sociales no está acompañada de un soporte de pago.

Expresó que hay lugar a la indemnización moratoria, puesto que si bien se logra extraer que el accionante tomó un computador a modo de pago, por esta situación se impuso una denuncia por parte de su empleador; que aunado a lo anterior, el computador no cubre el monto de las sumas adeudadas, y la denuncia no es de su jurisdicción; que se impone sanción por no consignación de las cesantías de 2018, ya que no existe prueba de la que se logre establecer el pago en un fondo, y no se evidencia buena fe por parte del empleador; y que se impone la sanción por no pago de intereses a las cesantías, puesto que no se pagaron al 31 de diciembre de 2018.

Concluyó expresando que no operó la excepción de prescripción, ya que, se demandó dentro de los tres años a la causación de las obligaciones laborales objeto de condena.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE DEMANDADA.

Manifestó que no hay lugar a sanciones moratorias, como quiera que no proceden de manera automática, se debe acreditar que hubo mala fe por parte del empleador; no obstante, se traslada a la parte demandada la obligación de probar la buena fe, pues esta se presume conforme a variada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y está establecida en el artículo 83 constitucional; que la sentencia C-544 de 1994 indica que la buena fe se presume, no requiere demostrarse, es por eso que a la parte actora le corresponde acreditar la mala fe; que los testigos y el demandante en interrogatorio de parte fueron contestes en manifestar que el demandado en su casa le pagaba \$100.000 o \$500.000, lo que refleja la mala situación de la empresa y que los pagos no se hacían por un proceder caprichoso sino por la situación; y que la empresa se encuentra actualmente en estado de liquidación.

Agregó que el A quo no efectuó pronunciamiento respecto a la compensación, pues se valoró la factura del computador, pero no se dedujo de las condenas impuestas por concepto de acreencias laborales.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de sanciones moratorias; y si es dable declarar la excepción de compensación con ocasión del computador que tomó el actor como consecuencia del incumplimiento en sus obligaciones prestacionales por parte del empleador.

SANCIONES MORATORIAS.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Por otra parte, la sanción por no consignación de las cesantías se encuentra en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que dispone:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...) 3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.

En igual sentido, la sanción por no pago de intereses a las cesantías se encuentra consagrada en el numeral 3° del artículo 2 de la Ley 52 de 1975 que consagra:

“Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.”

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar

las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

De igual forma, se hace necesario aclarar que la anterior excepción en modo alguno presupone la existencia de una presunción de mala fe, puesto que de las normas que gobiernan las sanciones moratorias no es dable extraer una presunción de tal naturaleza. Así lo tiene dicho la Sala de Casación Laboral en sentencia del 21 de septiembre de 2010, rad. 32416, reiterada en la SL194-2019, y SL2465-2020, en la que se adoctrinó:

“Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Finalmente, habrá de decirse que si bien la situación económica de una empresa no es óbice para que se sustraiga del pago de las obligaciones salariales y prestacionales a su cargo, una vez la empresa entra en estado de liquidación el extremo final que se debe tener en cuenta para imponer tal sanción es la del día anterior en que la empresa entra en liquidación judicial. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00807 -01
Demandante: **MANUEL RICARDO MENDOZA TIBATÁ.**
Demandado: **FPS GROUP S.A.S.**

Justicia en sentencias del 24 de agosto de 2010, rad. 38189, SL2833-2017, SL1186-2019, SL1885-2021, y SL2493-2021, estableció:

“En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto, a saber:

Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.

Por lo anterior, se casará la sentencia en lo que corresponde a esta condena

(...) Así las cosas, procede la condena de un día de salario equivalente a \$240.000, por cada día de mora en el cumplimiento de la respectiva consignación de las cesantías, desde el 15 de febrero de 2010; pero lo será hasta el 6 de septiembre de 2010, dado que la entidad entró en liquidación judicial al día siguiente, conforme a lo expuesto en sede de casación. En consecuencia, revocará la absolución y se condenará al pago de \$48.240.000 por este concepto”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Manuel Ricardo Mendoza Tibatá inició a laborar al servicio de la demandada el 16 de noviembre de 2018 mediante contrato de trabajo a término indefinido como Vendedor Externo, devengando un salario de \$1'200.000 más bonificaciones (fls. 90 a 96).
- ii)** En noviembre y diciembre de 2018 devengó la suma de \$1'220.000 por concepto de salario (fls. 97 y 98).
- iii)** El 28 de agosto de 2019 se efectuó liquidación final de prestaciones sociales, sin que se adjuntara constancia de su pago (fl.117).
- iv)** El 13 y 25 de septiembre de 2019 el accionante fue citado a descargos, sin lograrse su comparecencia (fl.102 a 105 y 111 a 116).
- v)** El certificado de existencia y representación legal de FPS GROUP S.A.S. del 01 de diciembre de 2020, da cuenta que mediante asamblea del 26 de noviembre de 2020 la empresa demandada fue declarada disuelta y en estado de liquidación (fls. 128 a 134).

Descendiendo al caso, en el asunto encontramos que FPS GRUOP fue condenada al pago de los salarios del 01 de julio al 21 de agosto de 2019 y de prestaciones sociales, sin que se encuentre que el actuar de la empresa demandada estuviera provisto de buena fe.

En efecto, los testigos **Luis Darío Soto Forero y Diana Paola Leal Rodríguez** fueron contestes en manifestar que el empleador incumplía de forma reiterada y sistemática el pago de prestaciones sociales; testigos que a juicio de la Sala gozan de credibilidad, puesto que no se evidencia que hubieran incurrido en contradicciones o que sus declaraciones puedan ser puestas en duda, puesto que resultan fehacientes, contestes y fidedignas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00807 -01
Demandante: **MANUEL RICARDO MENDOZA TIBATÁ.**
Demandado: **FPS GROUP S.A.S.**

Al respecto, **Luis Darío Soto Forero** adujo que trabajó al servicio de la demandada del 16 de octubre de 2018 hasta agosto de 2019; que la última vez que estuvo en la empresa fue el 21 de agosto del 2019 en una reunión con el actor y el Gerente de la empresa, por cuanto llevaban varios meses pidiendo un dinero que se les debía; que no tenía dinero para trasladarse a la empresa, pero que aun así se conectaba de forma virtual desde su casa; que el desplazarse a la oficina acarreaba gastos de transporte y de alimentación que no están totalmente cubiertos; y que el actor estaba en la misma situación.

Por su parte, **Diana Paola Leal Rodríguez** dijo que trabajó al servicio de la demandada desde el mes de marzo hasta mayo del 2018; que durante los dos meses que laboró no le pagaron en alguna ocasión seguridad social, pues al tener un problema de salud, pidió cita con un especialista y no registraba el pago a salud; y que hubo inconformidades en el pago de salarios.

Así las cosas, estima esta Sala que hay lugar a la indemnización moratoria, pues contrario a lo afirmado por el impugnante, se denota que el empleador se sustrajo del pago de sus obligaciones laborales sin ningún tipo de justificación; no obstante, la Sala considera que, al haber ingresado la empresa en liquidación, la indemnización moratoria únicamente es posible extenderla desde el 22 de agosto de 2019 hasta el 25 de noviembre de 2020, esto es, por 454 días, por lo que al tenerse como salario diario la suma de \$40.000, se debe pagar por tal concepto la suma de **\$18'160.000**, valor que deberá reconocerse debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago, como quiera que puede verse sometido a depreciación monetaria.

En tales condiciones, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de indemnización moratoria FPS GROUP S.A.S. debe pagar al actor la suma de **\$18'160.000**, rubro que deberá reconocerse

debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago.

Al punto, se aclara que la anterior modificación no es dable realizarla sobre la sanción por no consignación de las cesantías, ya que esta se causó y se calculó hasta el 21 de agosto de 2019. En igual sentido, no se impone sobre la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, dado que su imposición únicamente implica el pago de un valor adicional igual al de los intereses causados.

COMPENSACIÓN.

El pago por compensación se presenta cuando dos personas son deudoras la una de otra y por este hecho se extinguen ambas deudas.

En el caso objeto de estudio, encontramos que al darse contestación de la demanda, la accionada señaló que el demandante se llevó de la oficina un computador Lenovo- Think Pad Yoga S1 de 12" que tuvo un costo para la empresa de \$3'500.000; suma que debe ser compensada.

Sobre el tópico, observa la Sala que en **interrogatorio de parte**, el demandante aceptó que tomó el computador aludido; que el 21 de agosto de 2019 estuvieron en la oficina de Miguel Gómez (Gerente de la demandada) para hablar acerca de los salarios, pero que éste los echó de la oficina, y le dijo que cuando él le pagara el dinero que le adeudaba por primas, cesantías, sueldos y comisiones, le devolvía el portátil; que el señor Miguel Gómez dijo que sí, por lo que fue con el consentimiento de él; que a la fecha no ha devuelto el computador, porque estaba a la espera de su pago salarial, pero que el problema es que hoy en día la computadora no existe, se dañó; y que cuando le entregaron la computadora no era nueva, pues ya tenía dos años de comprada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2019-00807 -01
Demandante: **MANUEL RICARDO MENDOZA TIBATÁ.**
Demandado: **FPS GROUP S.A.S.**

Así mismo, se tiene que a folio 117 se arrimó el recibo de del computador, en el que consta que al 11 de mayo de 2016, fecha de compra, su valor ascendía a USD 990, esto, es \$2'949.744,60, pues la tasa de cambio representativa del mercado para tal fecha era la suma de \$2.979,54.

Así las cosas, resulta dable compensar el valor del computador por el concepto de prestaciones sociales y salarios, pues como lo aceptó el mismo demandante, tomó dicho elemento como garantía de pago de los referidos rubros. Al respecto, se aclara que si bien la suma a compensar sería la equivalente al valor del computador al momento en que el accionante se lo llevó de la oficina, lo cierto es que la demandada cumplió con su deber de acreditar su valor, de manera que, de existir algún tipo de depreciación sobre el monto de tal ordenador, a quien le correspondía acreditar tal escenario era al accionante, pues es quien alega la variación en el valor que del computador respecto del que tenía en el momento en que fue tomado como garantía, carga que no se advierte suplida por el actor.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de **ADICIONAR** que se **DECLARA LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN**, y en tal sentido que sobre los salarios y prestaciones sociales objeto de condena, se podrá descontar la suma de **\$2'949.744,60.**

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN**, y en tal sentido que sobre los salarios y prestaciones sociales objeto de condena de que trata este numeral, se podrá descontar la suma de **\$2'949.744,60.**

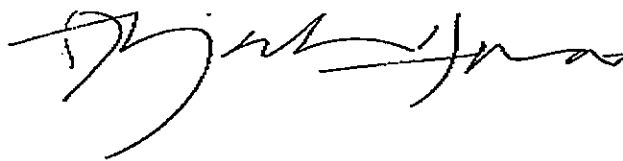
SEGUNDO - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de **indemnización moratoria**, FPS GROUP S.A.S. debe pagar al actor la suma de **\$18'160.000**, rubro que deberá reconocerse **debidamente indexada** al momento en que se haga efectivo su pago.

TERCERO- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO- Sin costas en esta instancia.

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

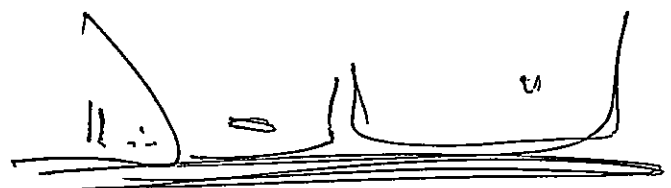
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA** promoviese contra **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 01 de marzo de 2016 al 30 de marzo de 2018; y que la relación laboral terminó en forma unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, intereses moratorios, e indexación; y que sobre las sumas peticionadas se tenga en cuenta su prelación frente a los demás créditos.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) Fue contratado por los demandados mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES son socios de la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S.; **3)** desempeñó el cargo de Conductor; **4)** Devengó el salario mínimo más horas extras; **5)** Cumplía horario de trabajo de 6:00 A.M. a 5:00 P.M., prestaba sus servicios de forma personal, y bajo continuada subordinación de los demandados; **6)** El 30 de marzo de 2018 decidió renunciar ante el incumplimiento del empleador en el pago de su seguridad social y de prestaciones sociales; **7)** El 10 de abril de 2018 solicitó el pago de sus acreencias laborales, lo que reiteró el 09 de agosto del mismo año; y **8)** Radicó acción de tutela, la que se falló el 11 de septiembre de 2018, sin lograrse respuesta de su empleador.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES (fls. 91 a 94), contestaron a través de Curador Ad Litem, quién propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones demandadas, y la innominada o genérica.

Indicó que no se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a favor de alguno de los demandados; y que se limita a lo que se declare probado en el proceso.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 29 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN, y el actor, se verificó un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo una vigencia entre el 01 de marzo de 2016 al 30 de marzo de 2018, en el cargo de conductor, devengando un salario mínimo.

SEGUNDO: CONDENAR a I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN, a reconocer y pagar a favor del actor, de condiciones civiles anotadas, las sumas y conceptos que a continuación se indican:

- a) \$1'674.817, por cesantías.
- b) \$81.357, por intereses a las cesantías.
- c) \$212.533, por prima de servicios.
- d) \$427.513, por compensación de vacaciones.
- e) \$26.041,40 diarios a partir del 01 de abril de 2018 hasta cuando se efectúe el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el Curador Ad Litem.

CUARTO: ABSOLVER a FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES, de todas las pretensiones incoadas por el actor

QUINTO: Sin condena en costas.

En síntesis, refirió el A Quo, que de la prueba documental allegada es dable concluir que el accionante laboró al servicio de la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. HOY EN LIQUIDACIÓN mediante contrato a término indefinido entre el 01 de marzo de 2016 y el 30 de marzo de 2018, como conductor, devengando un salario mínimo.

Indicó que el empleador no acreditó el pago de prestaciones sociales y vacaciones, por lo que resulta procedente su pago; que frente a la prima de servicios se impone únicamente condena por el último periodo, pues se aceptó el pago de los demás, según interrogatorio de parte; y que no se condena a las vacaciones del primer periodo, como quiera que se aceptó su pago en interrogatorio de parte.

Absolvió de la indemnización por despido injusto por cuanto no se allegó la carta de renuncia debidamente motivada para imponer indemnización por despido indirecto; y condenó a la sanción moratoria por cuanto el empleador no acreditó justificación alguna por su omisión en el pago de prestaciones sociales; absolvió de los intereses moratorios y la indexación, al reconocerse indemnización moratoria.

Frente a la solidaridad deprecada de FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTÉS concluyó que no era dable declararla, como quiera que I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. HOY

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

EN LIQUIDACIÓN es una sociedad anónima en la que sus accionistas se comprometen hasta el monto de sus aportes a menos que la empresa hubiese sido creada para defraudar, lo que no aparece demostrado.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que se debe tener a FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTÉS como solidarios de las condenas impuestas, ya que su responsabilidad es limitada pero no inexistente; y que lo anterior, por cuanto se requiere una garantía de los pagos que están a cargo de la sociedad, pues ésta no presentó contestación de la demanda, e hizo caso omiso de las notificaciones, de manera que lo que pretenden es insolventarse de las obligaciones laborales.

Agregó que no se condenó por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, pues éstas se debieron reconocer al haberse establecido condena por concepto de cesantías.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

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

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si las personas naturales FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTÉS, en calidad de socios y propietarios de I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. deben responder en solidaridad por las condenas impuestas a ésta sociedad; y si hay lugar a imponer condena por sanción por no consignación de las cesantías.

De la solidaridad

El artículo 36 del C.S.T. dispone que son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

De esa manera, es claro que responden solidariamente por las obligaciones que surgen del contrato de trabajo los socios de las sociedades de personas, no de las sociedades por acciones o de capital. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL18010-2016 reiterada en la SL3408-2021, puntualizó:

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

“Precisamente en sentencia SL10206-2016, del pasado 13 de jul., rad 46024, dictada en un proceso seguido contra dicha entidad y al resolver iguales planteamientos a los esbozados hoy por los recurrentes, esta Sala razonó:

Baste recordar lo explicado en la sentencia CSJ SL-831-2013, del 6 de nov. 2013, rad N° 39891, así:

(...) “El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que sustentó su pretensión el demandante, tanto en la demanda primigenia como en la alzada, al referirse al tema de la responsabilidad solidaria, dispone:

Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”.

Por su parte, el artículo 252 del Código de Comercio prevé:

“En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por obligaciones sociales. Estas solo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos (...)’.

Así las cosas, teniendo en cuenta que quien tenía la calidad de empleador del demandante fue la extinta Almadelco S.A., cuya naturaleza jurídica fue la de una sociedad anónima de economía mixta indirecta o de segundo grado, tal y como al efecto lo determinó el ad quem bajo la línea jurisprudencial de esta Sala, no es posible hacer extensiva la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 36 del C.S.T. a las codemandadas Banco Cafetero y Federación Nacional de Cafeteros, en razón a que la solidaridad allí consagrada se predica de las sociedades de personas no así de las anónimas por acciones, lo que además, tal y como lo dijera el Tribunal, es concordante con lo previsto en el artículo 252 del Código de Comercio, ya transcrito.

En este orden de ideas, bien precisa reiterar la sentencia proferida por esta Corporación del 18 de noviembre de 1996, radicado 8991, en la que apoyara su decisión el ad quem, dado que el alcance que entonces se fijó al artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo relacionado con la responsabilidad de aquellas sociedades diferentes a las de personas, es el actualmente imperante.

Dijo entonces la Corte:

“El accionista no compromete su responsabilidad en los mismos términos que la persona natural o que el socio de las sociedades de personas la tiene frente al ente social, en cuanto le corresponde pagar el precio de la acción, pero una

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

vez efectuado, el carácter anónimo de su inversión lo desvincula de las obligaciones que asuma el ente social. El sistema que informa ese tipo de inversión económica no permite decir que el accionista sea titular de un derecho de propiedad sobre el ente social, sino de uno distinto que para el accionista se desarrolla a través de las deliberaciones y decisiones de la asamblea, dominadas por el principio de las mayorías. El sujeto de los derechos y las obligaciones es el ente social; el factor de comercio que recibe los beneficios o que asume las pérdidas es también el ente social; el dividendo es la medida del beneficio para el accionista y el riesgo de su inversión se concreta en la eventual pérdida de la misma. Pero el accionista no es propietario de la empresa.

El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales.

Cuando el artículo 252 del Código de Comercio establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación solo pueden ejercerse contra los liquidadores, esté (sic) precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 ibídem para decir que, como el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria (o individual), de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ni el régimen legal laboral extiende a ellos ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas. ” (Negrillas y subrayado no son del original).

Así mismo, el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 establece que en las sociedades por acciones simplificadas, los socios no serán responsables, entre otras obligaciones, de las de índole laboral:

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIÓN. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”.

La anterior disposición normativa fue estudiada por la H. Corte Constitucional mediante las sentencias C-237 y C-090 de 2014, en las que se declaró su exequibilidad, por las siguientes razones: i) Le está permitido al legislador dentro de la libertad de configuración determinar las características de las formas de asociación, así como los eventos en los que existe una extensión de la responsabilidad solidaria o la intercomunicación del patrimonio de los socios con el de la sociedad derivado del fraude o abuso del derecho; ii) El legislador quiso dotar a la empresa y a la economía de una herramienta más ágil y flexible en cuanto a su constitución, composición y funcionamiento en comparación de las otras formas de asociación, con el fin de modernizar el derecho societario, hacer la industria más competente e incentivar el desarrollo del país; iii) La separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país, de conformidad con el artículo 333 Superior.

Así las cosas, consideró la H. Corte Constitucional que en ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales.

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

Así mismo, dicha corporación adujo que permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, ya que en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–; y los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación, pauliana y otras– y jurisprudenciales –acción de tutela– en procura de la defensa de sus derechos.

De esta manera, consideró la H. Corte Constitucional que el establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.

De la sanción por no consignación de las cesantías.

La sanción por no consignación de las cesantías se encuentra en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que dispone:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...) 3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y la imposición de tal condena dependerá de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

Los siguientes hechos no son objeto de controversia en el proceso:

- i)** La I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE S.A.S. fue constituida como una sociedad por acciones simplificada el 25 de agosto de 2010 (fls. 35 a 45).
- ii)** Luis Fernando González Montoya laboró al servicio de la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE S.A.S., del 01 de marzo de 2016 al 30 de marzo de 2018, desempeñando el cargo de Conductor, según certificación visible a folio 27, declaración además efectuada por el A Quo que no fue objeto de apelación.
- iii)** El accionante devengó el salario mínimo (fl.28).
- iv)** El 10 de abril y el 09 de agosto de 2018, el demandante efectuó la reclamación de sus acreencias

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

laborales a la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE S.A.S., el pago de (fls.30 a 32).

De la extensión de la responsabilidad a las personas naturales demandadas.

Debe recordarse que el A Quo condenó a la persona jurídica I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE S.A.S., en su calidad de empleador a pagar las acreencias laborales que señaló en la sentencia causadas a favor del demandante y que, en su apelación, la activa se duele de que el fallador de primer grado no hubiese extendido la responsabilidad a los señores FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTÉS como solidarios de las condenas impuestas, al estimar que su responsabilidad es “limitada pero no inexistente”; y que se requiere una garantía de los pagos que están a cargo de la sociedad, afirmando que la intención de dichas personas es la de insolventarse para no responder por las obligaciones laborales a las que fue condenada la sociedad empleadora.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas incorporadas al expediente, la Sala concluye que la decisión del A Quo, es acertada, pues se encuentra acreditado que la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE S.A.S. es una sociedad por acciones simplificada, es decir, una sociedad por acciones o de capital, por lo que, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia reseñadas en precedencia, al caso de marras no le resulta aplicable la solidaridad consagrada en el artículo 36 C.S.T.

De igual manera, y tal como lo advirtiera el A Quo no encuentra la Sala que el empleador I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE S.A.S. hubiese incurrido en actos defraudatorios, pues si bien dicha causal podría generar el levantamiento del velo

corporativo de la empresa, no existe ninguna prueba de la que se pueda desprender que tal entidad incurrió en la aludida circunstancia, pues para ello, era necesario que se verificara el uso indebido de la persona jurídica societaria, de modo que para que prospere una acción de desestimación, el demandante debía demostrar, con suficiencia probatoria, que se desbordaron los fines para los cuales fue concebida dicha forma asociativa, ya que el hecho de no comparecer al proceso o el incumplimiento en el pago de una obligación no da lugar per se al levantamiento del velo corporativo. Así lo indicó la Superintendencia de Sociedades en sentencia No. 801-15 del 15 de marzo de 2013:

“A la luz de lo anterior, debe concluirse que la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario. Así las cosas, en vista de la complejidad de la desestimación y la severidad de sus efectos, no parece prudente fijar, en abstracto, una lista de requisitos que sirvan para establecer la procedencia de esta sanción en nuestro ordenamiento. Los presupuestos requeridos para el efecto sólo podrán obtenerse luego de un cuidadoso proceso de decantación judicial, en el que, a partir de múltiples pronunciamientos, se conciban pautas debidamente ajustadas a las realidades del sistema colombiano. (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Por lo brevemente expuesto debe desestimarse el primer punto de apelación de la activa, **CONFIRMANDO**, en consecuencia, la sentencia del A Quo en el punto concreto de estudio.

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

De la sanción por no consignación de las cesantías.

Descendiendo al caso, se tiene en primer lugar que en efecto, pese a ser una pretensión de la demanda, el A Quo omitió resolver sobre dicho pedimento, hecho que motivó la alzada, razón que habilita la instancia para resolver sobre la inconformidad de la activa.

Efectuado el análisis probatorio, se tiene que la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. fue condenada al pago, entre otras prestaciones sociales, de las cesantías, sin que se hubiese arrimado al expediente prueba alguna que de cuenta de un actuar de la empresa demandada provisto de buena fe.

En efecto, el empleador se sustrajo del pago de sus obligaciones laborales sin ningún tipo de justificación, por lo que, en tales condiciones, es dable imponer dicha sanción echada de menos por la activa; no obstante, únicamente se impondrá por los años 2016 y 2017, ya que, las del año 2018 se encuentran incluidas en la indemnización moratoria. Lo dicho, según sentencia SL859-2021, en la que se enseñó:

Dicho de otro modo, como durante la vigencia de la vinculación laboral y hasta su culminación, el empleador no consignó la mencionada obligación, la sanción aplicable es la del numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; hasta el 8 de marzo de 2015, fecha de finalización del contrato de trabajo.

De ahí en adelante, la sanción correspondiente sería la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, toda vez que dichas sanciones moratorias, no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral, tal como lo reiteró la Sala en reciente sentencia CSJ SL417-2021; sin embargo, esa pretensión no la formuló la actora

De esta manera, se tiene que, frente a las cesantías de 2016 que se debieron consignar a más tardar el 14 de febrero de 2017,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

se incurrió en una mora de 360 días; y que frente a las cesantías de 2017 que se debieron consignar a más tardar el 14 de febrero de 2018, se incurrió en una mora de 46 días, pues la relación laboral finalizó el 30 de marzo de 2018. Por tanto, y dado que el valor del salario era el mínimo legal, se tiene que por concepto de sanción por no consignación de las cesantías de 2016 se adeuda la suma de \$8'273.460, y por las cesantías de 2017, \$1'131.166, para un total de **\$9'404.626**, suma que deberá pagarse debidamente indexada al momento en que se haga efectivo su pago, dado que está sometida a depreciación monetaria.

En consideración de lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que la I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. debe pagar la suma de \$9'404.626 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, debidamente indexado al momento en que se haga efectivo su pago.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en su lugar, se ADICIONA que I.P.S. SER ASISTENCIA Y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2018-00666 -01

Demandante: **LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA.**

Demandado: **I.P.S. SER ASISTENCIA Y TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S., FABIO FERNEY BETANCOURT QUICENO Y PRIMITIVO RODRÍGUEZ CORTES.**

TRANSPORTE PARA DISCAPACITADOS S.A.S. debe reconocer y pagar a LUIS FERNANDO GONZÁLEZ MONTOYA, la suma de **\$9'404.626**, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, suma que deberá pagarse debidamente indexada al momento de hacerse efectivo su pago.

SEGUNDO - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO-. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2016-00512 -01
Demandante: **HENRY CAPERA UMBARILA.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **HENRY CAPERA UMBARILA** promoviese contra **PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende la declaratoria de su estado de invalidez desde el 28 de enero de

2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a partir del 30 de marzo de 2016, junto con los correspondientes intereses moratorios o indexación.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 20 de diciembre de 1981; **2)** El 19 de septiembre de 2014 ingresó a urgencias para ser tratado por una neumonía crónica; **3)** El 28 de enero de 2015 ingresó nuevamente a urgencias, donde le ordenaron de forma obligatoria provisión de oxígeno durante las 24 horas del día; **4)** A partir del 28 de enero de 2015 le expiden incapacidades laborales de forma continua por su grave estado de salud; **5)** A pesar de los controles el 14 de septiembre de 2015 le es diagnosticada una fibrosis pulmonar htp (sic) severa; **6)** El 14 de marzo de 2016, Seguros de Vida Alfa S.A. establece que el accionante padece de una pérdida de capacidad laboral del 64,90% con fecha de estructuración 27 de mayo de 2013; **7)** Acumula 141,57 semanas, de las cuales 55,28 se cotizaron dentro de los tres años anteriores a su fecha de estructuración; y **8)** Solicitó su pensión de invalidez, empero fue negada el 10 de mayo de 2016.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

2.1. PORVENIR S.A. (fls. 61 a 67), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante no acumula 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, puesto que únicamente alcanza 42,29; y que no hay lugar a intereses

moratorios cuando se niega la prestación en aplicación rigurosa de la ley.

2.2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

PORVENIR S.A. llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fls.116 a 146), la que también se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía.

Frente a las pretensiones *de la demanda*, propuso como excepciones de mérito las que denominó, no se encuentra probado que el demandante haya cumplido con el requisito de permanencia, es decir de las 50 semanas cotizadas al fondo de pensiones dentro de los tres años anteriores al hecho generador; la demandante no solicitó calificación de segunda oportunidad por medio de las juntas de calificación regional y nacional; el demandante omitió agotar el procedimiento administrativo de calificación establecido por la ley para la determinación de su estado de invalidez y violación del debido proceso; el demandante no ha probado que la fecha de estructuración de su invalidez sea el 28 de enero de 2015; circunstancias de agravación física son imputables al paciente pues no siguió la prescripción médica tal como se observa en el informe clínico de la Clínica Santa Rosa de Lima; la parte demandante no ha controvertido por los medios idóneos el dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa S.A.; ausencia de la obligación de pagar intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; ausencia de obligación de pagar intereses moratorios e indexación; el demandante no acredita los requisitos para una pensión de invalidez y por tal motivo no hay lugar a la indexación del retroactivo pensional; buena fe de la demandada; prescripción; excesiva tasación y falta de prueba de los perjuicios solicitados del demandante; prescripción, caducidad, compensación y nulidad relativa; y la genérica.

Frente al *llamamiento en garantía*, propuso como excepciones de mérito las que denominó, falta de cobertura en razón a que los hechos materia de litigio no se encuentran amparados por la póliza previsional de invalidez y sobrevivientes No. 9201410004634; falta de ocurrencia del siniestro durante la vigencia de la póliza; ausencia de solidaridad entre las demandadas; ausencia de cobertura para otras sumas diferentes a la pensión, tales como intereses, sanciones, indexación, costas, y agencias en derechos; aplicación del límite asegurado y del deducible pactado en la póliza; otras exclusiones y garantías pactadas en la póliza; prescripción extintiva de la obligación surgida por el contrato de seguros; objeción a la estimación del demandante respecto los perjuicios; prescripción, caducidad, compensación y nulidad relativa; y la genérica.

En su defensa, señaló que el accionante no acredita el requisito de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez tuvo como fecha de estructuración el 27 de mayo de 2013, como quiera que dicho día fue cuando se realizó el cateterismo cardíaco derecho que confirma el diagnóstico de hipertensión pulmonar, decisión sobre la que no se interpuso recurso alguno; que no obra prueba de que al actor se le estructuró su invalidez el 28 de enero de 2015, por demás que para tal fecha ya se le había suministrado oxígeno 24 horas y su falta de uso fue culpa exclusiva del paciente; y que no se presentó juramento estimatorio.

Finalmente, manifestó que por medio de la póliza #9201410004634 se aseguró a los afiliados de la A.F.P. Horizonte Pensiones y Cesantías, más no a los de PORVENIR S.A., la que estuvo vigente hasta el 01 de enero de 2014; que la póliza no ampara sumas adicionales como intereses moratorios e indexación; y que la acción para solicitar el pago de una obligación derivada de un contrato de seguro tiene un término de dos años.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar al demandante, la pensión de invalidez a partir de julio de 2017, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, junto con una mesada adicional y los incrementos de ley.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar el retroactivo por mesadas causadas, el cual al 31 de mayo de 2020 asciende a \$30'474.688, suma de la cual podrá descontar los gastos correspondientes a aportes a salud.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar la suma del anterior numeral debidamente indexada.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: ABSOLVER a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía.

SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. Fijándose como agencias en derecho la suma de \$3'000.000.

Como sustento de su decisión refirió, en síntesis, que no existe controversia en cuanto a la condición de invalidez del actor, puesto que tiene una pérdida de capacidad laboral del 67,48% según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca; y que al establecerse que la fecha de estructuración es el 02 de mayo de 2013, la norma aplicable es la Ley 860 de 2003; no obstante, el accionante no acumula 50 semanas dentro de los tres años anteriores la fecha de estructuración aludida.

Agregó que por tratarse de una enfermedad *congénita, degenerativa o crónica*, resulta dable tener como fecha para determinar si se acreditan las 50 semanas, la data del dictamen, puesto que se cuenta con una capacidad laboral residual con la que se logra acumular el número de semanas necesarias para

acceder a la pensión de invalidez, conforme criterio de la Corte Constitucional; y que puede considerarse la patología del accionante como una enfermedad degenerativa, ya que en el dictamen del año 2014 se estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente al 64,90%, y en el dictamen de 2017, al 67,48%.

Señaló que el valor de la pensión es de un salario mínimo, que la última cotización se hizo en junio de 2017, por lo que la prestación se debe reconocer desde este mes; y que no operó prescripción ya que se demandó en diciembre de 2016; y que, a mayo de 2020, el retroactivo asciende a \$30'474.688.

Concluyó indicando que se negó la prestación de acuerdo con lo que establece la ley, por lo que no hay lugar a intereses moratorios; que pese a lo anterior, se debe reconocer la prestación debidamente indexada; que no resulta próspero el llamamiento en garantía, como quiera que la vigencia de la póliza es hasta el 01 de enero de 2014.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **PARTE ACTORA** expresó que en los procesos en los que aparece acreditado que el accionante padece de una enfermedad degenerativa, se debe establecer como fecha de reconocimiento la fecha de calificación de la invalidez, que para el asunto fue el 14 de marzo de 2016; y que no aparece acreditado que se pagaron incapacidades temporales con posterioridad al 14 de marzo de 2016.

PORVENIR S.A., expresó que la fecha de estructuración está debidamente establecida por parte de las juntas con base en el historial médico; que el accionante no cumple con la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca confirmó que la fecha de estructuración es el 02 de mayo de 2013; que el

llamado en garantía debe asumir la prestación en caso de confirmarse la condena, ya que la cobertura es automática, y la materialización está supeditada a la póliza; y que las costas son desproporcionadas para el proceso.

V. CONSIDERACIONES

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se ordenó correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte demandada y de la llamada en garantía, para reafirmar sus argumentos.

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

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** a resolver, se circunscriben a determinar i) si, en aplicación del criterio de capacidad laboral residual desarrollado como subregla de la jurisprudencia nacional, resulta dable el reconocimiento de la pensión de invalidez al demandante; ii) si debe tenerse como fecha de estructuración de la invalidez la del día de expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral; iii) si la llamada en garantía debe asumir la prestación; y iv) si resulta posible modificar la condena en costas.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Lo primero por recordar, es que la pensión de invalidez se consagró como una prestación para aquellos que contaran con

una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, la cual puede ser producto de una enfermedad o un accidente de origen común, que afecte su capacidad productiva y, además, un cierto número de semanas de cotización. Para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubieren alcanzado los requisitos para adquirir dicha prestación, se estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva.

Así mismo es pertinente memorar que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez es la vigente a la fecha de estructuración de la misma. Así lo ha estimado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 03 de mayo de 2011, Rad. 37039, SL4031-2017, SL3905-2018 y SL1040-2021.

Por lo anterior, la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que indica:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración
2. *Invalidez* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

Ahora bien, el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral, en su artículo 3° del Decreto 1507 de 2014– norma vigente al momento de la primera calificación del actor – 14 de marzo de 2016 (fls. 13 a 18) dice lo siguiente:

“Artículo 3°. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

(...) **Fecha de estructuración:** Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”.

A partir de esta definición, la H. Corte Constitucional ha desarrollado un sólido precedente para los casos en que la invalidez tiene como causa una *enfermedad congénita, crónica o degenerativa*, en los que resulta procedente establecer una fecha de estructuración material que es posterior o anterior a la fijada en los dictámenes.

Se parte como premisa que, en algunos casos, al momento de efectuarse la calificación se establece una fecha de estructuración que no refleja el momento en que la persona realmente pierde su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Concretamente, en lo referente a la capacidad residual, la H. Corte Constitucional estableció en la sentencia SU-588 de 2016:

“que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con

la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida. El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital”.

Entonces, en los eventos en los cuales la fecha de estructuración es anterior a la fijada en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, y en aplicación del principio de realidad sobre las formas, la Alta corporación de lo constitucional¹ ha considerado como **fecha de estructuración** de la pérdida de capacidad laboral el momento anterior a la data que establece el dictamen de la calificación de la invalidez, definiendo por tal aquella en la que la persona deja de trabajar por la enfermedad, **teniendo por tal, la fecha en la que cesaron las cotizaciones².**

Igualmente, la H. Corte Constitucional en la sentencia aludida, dijo que:

- “En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.
- Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

¹ Ver sentencias T-513 de 2014, T-713 de 2014, T-046 de 2019 y T-240 de 2019

- Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.
- En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional”.

Por lo anterior, en la misma sentencia analizada, SU-588 de 2016, se señalaron las reglas aplicables al reconocimiento de la pensión de invalidez de las personas que padecen de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas. En esos casos, explicó que la evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no es sencilla, pues esas patologías:

“se presentan desde el nacimiento o son de larga duración o progresivas”. Así las cosas, es posible que estas personas no acrediten las semanas legalmente requeridas para obtener la pensión de invalidez dentro de los tres años anteriores a la fecha del dictamen, pese a haber cotizado un número importante de semanas después de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Por lo tanto, si en estos casos no se tienen en cuenta las semanas cotizadas después de esa fecha, “se impondría a la persona una condición imposible de cumplir”, lo que implica admitir que “por razón de su condición, no [tiene] la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de

Demandante: **HENRY CAPERA UMBARILA.**

Demandado: **PORVENIR S.A.**

vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud [le] haga imposible seguir laborando”.

De conformidad con lo anterior, determinó que, en tales casos, la administradora de fondos de pensiones:

(i) “no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a [la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral]”, sino tener en cuenta factores como “las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral”; (ii) debe “verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, [a)] hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y [b)] que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social”, y (iii) debe determinar el momento desde el cual se verificará que la persona cuenta con el número de semanas legalmente requeridas para obtener la pensión, ya sea “la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional”.

Por su parte, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en su precedente, también ha acogido este criterio, señalando que los jueces excepcionalmente pueden apartarse de la fecha de estructuración, teniendo en cuenta el acervo probatorio que permita concluir el momento en el que la persona ha dejado de trabajar, entre las que se encuentran las sentencias **SL780-2021, SL5157-2020, SL5157-2020, SL21811-2017, y SL16374-2015 de 2015**, entre otras.

Se advierte con claridad que es criterio unánime de las dos Altas Cortes, que, en eventos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, puede suceder que la fecha de estructuración establecida por los organismos encargados de la calificación no corresponda a la realidad. Pero en todo caso se enfatiza que no basta con acreditar los aportes al sistema de pensiones, sino que es necesario probar la efectiva ejecución de

una labor o actividad laboral y que no se busque defraudar el sistema.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1718-2021 respecto de las personas que siguieron cotizando, señaló:

“De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y, en consecuencia, se reitera, para identificar la fecha de causación de la pensión **es posible computar la última cotización efectuada** al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3.º del Decreto 917 de 1999, esto es, *una pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva*.

Así las cosas, pese a que al demandante se le estructuró la pérdida de la capacidad laboral a partir del 18 de diciembre de 1990, lo cierto es que realizó aportes al sistema pensional hasta el 30 de noviembre de 2004, que viene a ser, en este caso concreto, el factor determinante para concluir que desde esa data tuvo una pérdida de capacidad laboral de manera permanente y definitiva y, por tanto, una situación de invalidez amparable por el sistema de seguridad social.

En efecto, respecto a las alternativas referidas con anterioridad con el fin de establecer el momento a partir del cual puede determinarse el cumplimiento de los requisitos legales para definir el derecho pensional, debe precisarse que en este caso no se consideran las relativas a la data de calificación del estado de invalidez o la de la solicitud de reconocimiento pensional, pues el actor conservó capacidad laboral para trabajar, continuó cotizando al sistema general de pensiones y en el escrito inaugural solicitó la prestación de invalidez desde el 1.º de diciembre de 2004, esto es, teniendo en cuenta el último aporte que realizó.

De modo que esta última hipótesis -data de la última cotización- es la que debe considerarse en el *sub lite* para los fines anteriormente indicados, **toda vez que el demandante continuó ejerciendo actividades productivas hasta el 30 de noviembre de 2004 y, bajo esa perspectiva, no es dable desconocer los aportes pensionales que realizó hasta esta calenda, pues sin duda se encaminaron a edificar la prestación pensional en el evento en que se causara una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, tal y como aquí ocurrió en esta última fecha, sin que en tal contribución se advierta un ánimo de defraudar al sistema de seguridad social.**

Por tanto, la Sala determina el 30 de noviembre de 2004 como fecha a partir del cual deben contarse los aportes o semanas válidas para determinar el derecho a una pensión de invalidez”.

EL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i)** Henry Capera Umbarila nació el 20 de diciembre de 1981 (fl.12).
- ii)** El actor se afilió y efectuó aportes a PORVENIR S.A. a partir de **agosto de 2012** en calidad de trabajador **independiente y como dependiente a partir de septiembre de 2014** (fls. 19 y 20 y 69 a 71).
- iii)** El 14 de marzo de 2016, Seguros de Vida Alfa S.A. calificó la pérdida de capacidad laboral derivada de las patologías que padece el demandante, “*hipertensión pulmonar primaria*” y “*hipertensión esencial primaria*” en un 64,90%, como de origen común, con fecha de estructuración **27 de mayo de 2013**, y de tipo **progresiva** (fls. 13 a 18).
- iv)** El demandante efectuó cotizaciones al sistema hasta el mes de julio de 2017 (fl193).
- v)** El demandante tuvo incapacidades desde el 28 de enero hasta el 13 de agosto de 2015 (fl. 21).
- vi)** El 26 de abril de 2016 accionante solicitó pensión de invalidez, empero, el 10 de mayo de 2016 le fue negada, por cuanto no acumulaba 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (fls.22 y 77 a 79).
- vii)** El 24 de julio de 2019 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca profirió dictamen en el que estableció que por las patologías denominadas “*hipertensión pulmonar primaria*”, “*hipertensión esencial primaria*”, y “*otras enfermedades pulmonares intersticiales con fibrosis*”, el actor tiene una pérdida de capacidad laboral del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2016-00512 -01
Demandante: **HENRY CAPERA UMBARILA.**
Demandado: **PORVENIR S.A.**

67,48%, con fecha de estructuración **02 de mayo de 2013** (fls. 230 a 234).

viii) El seguro previsional de invalidez y sobrevivientes contratado por PORVENIR S.A. tuvo vigencia del 01 de enero de 2010 al 01 de enero de 2014 (fl.172 a 186).

Pues bien. Revisado el material probatorio se encuentra que el demandante registra en su historia laboral un total de **252,86** semanas cotizadas a PORVENIR S.A., de las cuales **38,86** semanas, se cotizaron dentro de los tres años anteriores al 02 de mayo de 2013, fecha de estructuración de la invalidez, por lo que nítido refulge que no logró acreditar el presupuesto fáctico de 50 semanas para ser beneficiario de una pensión de invalidez, según las voces del artículo 1° de la Ley 860 de 2003; así, subsiguientemente, se procede a verificar si resulta posible aplicar las sub reglas establecidas por la jurisprudencia nacional al evidenciarse que en el caso presente se está frente a una persona que se encuentra en una condición especial que sea objeto de protección conforme a los lineamientos de la sentencia **SU-588 de 2016**.

Conforme quedó visto en líneas anteriores de esta decisión, la sentencia SU-588 de 2016 analizó el caso de aquellas personas que padecen de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas y, en un entendimiento más amplio, de cualquier padecimiento producto de una enfermedad o accidente que genere una mengua *paulatina* de la capacidad laboral, empero que en todo caso le permite al afiliado trabajar hasta que el nivel de afectación es de tal magnitud que no puede de manera cierta desarrollar una labor.

En el *sub lite*, según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, al accionante le fueron diagnosticados los siguientes padecimientos de salud: “*hipertensión pulmonar primaria*”, “*hipertensión esencial primaria*”, y “*otras enfermedades pulmonares*”

intersticiales con fibrosis"; enfermedades que son de carácter degenerativo o progresivo, tal y como se logra extraer del dictamen de Seguros de Vida Alfa S.A., por demás que de este dictamen, en contraste con el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, se logra extraer un aumento en la pérdida de capacidad laboral del 2,58%, a lo que se suma que la hipertensión pulmonar es definida de la siguiente manera:

“La hipertensión pulmonar es una enfermedad grave, progresiva, que tiende a evolucionar hacia falla cardíaca y muerte prematura. Dado que los síntomas pueden ser ambiguos, es importante la sospecha clínica basada en factores de riesgo y hallazgos clínicos o paraclínicos. Se debe confirmar con electrocardiograma, radiografía de tórax, ecocardiograma y cateterismo cardíaco.

El tratamiento se basa en tratar la causa subyacente si ésta existe, oxígeno, anticoagulación y anticálcicos. Recientemente se han desarrollado nuevas opciones terapéuticas como óxido nítrico, sildenafil, bosentán y cirugía”³.

Así las cosas, y dado que se está frente a patologías que no aparecen de manera inmediata, sino que se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo, es dable considerar que estas permiten al demandante trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que no pueda desarrollar su labor, esto es, hasta que no cuente más con capacidad residual.

En el caso concreto se resalta que los elementos de prueba dan cuenta que, **i)** el actor empezó a realizar cotizaciones al SGSSI el 15 de agosto de 2012 (fl. 69 a 71); **ii)** que la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral lo fue el **27 de mayo de 2013**; **iii)** que para el **28 de enero de 2015** el demandante se desempeñaba como “domiciliario” (ver historia clínica fl 27 vuelto), **iv)** que, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 14 de marzo de 2016 elaborado por Seguros de vida ALFA SA., - en el resumen de la historia clínica transcrito

³ http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-56332007000100003

por la entidad calificadora - se trae a colación el cateterismo cardíaco derecho realizado al demandante el **27 de mayo de 2013**, donde textualmente se anota “(...)Indicación: paciente con clínica de disnea CF I de **seis meses de evolución**, hace seis meses hospitalizado inicialmente por neumonía y luego TEP (...)”; lo que significa que el primer evento médico reportado por la patología asociada aconteció aproximadamente en **diciembre de 2012**, fecha para la cual el demandante ya estaba afiliado al sistema y **v)** que en el formulario de trámite de reclamación por invalidez de la entidad de pensiones PORVENIR S.A., (fl 78) el demandante señala como empleador a “Frutiverduras Camacho” empleador que coincide con el reportado en la historia laboral para la época de la solicitud como “Orlando Antonio Camacho Núñez” desde septiembre de 2014.

Conforme lo anterior, para la Sala resulta nítido que, las cotizaciones efectuadas por el afiliado con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral no se hicieron con el fin de defraudar el sistema, puesto que el accionante no presentaba antecedente médico laboral de ningún tipo al momento de iniciar su vida laboral y su capacidad de trabajo fue menguando a la par que se encontraba afiliado al sistema de seguridad social.

Ahora bien, para resolver el punto de **apelación de la activa**, debe resaltarse que, para calcular si se cumplen los requisitos de la pensión de invalidez en caso de enfermedades crónicas o progresivas y o degenerativas, resulta plausible tener en cuenta la **última fecha de cotizaciones al sistema**, es decir, **30 de junio de 2017**, por cuanto no se tiene cuenta a razón de elemento probatorio alguno, que luego del cese de incapacidades a que hace referencia dicha parte, el actor hubiese menguado manera definitiva la capacidad residual para laborar; y por el contrario, se observan cotizaciones posteriores a los períodos de incapacidad, esto es hasta el mes de junio de 2017, insistiendo, - se repite - en que no hay prueba alguna distinta a esta de la

que pueda inferirse que la pérdida de capacidad residual haya acontecido en época anterior al mes de junio de 2017, razones por las cuales es posible tomar ésta, como la fecha definitiva de cese de su capacidad residual. Así las cosas, encontrándose que dentro de los tres años anteriores (01 de julio de 2014 al 30 de junio de 2017) se registran **154,29 semanas**, es dable acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez teniendo como **fecha de reconocimiento** el 01 de julio de 2017, tal y como lo dispuso la juez de primera instancia.

Finalmente, y en lo que respecta a **la responsabilidad del llamado en garantía**, la responsabilidad de una aseguradora está supeditada a la cobertura de la póliza, la que en todo caso se rige por la fecha de estructuración establecida por las entidades de seguridad social. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2108-2021 interpretó:

“(...) es cierto que frente a aquellos afiliados que han sido diagnosticados con enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, esta Corporación ha permitido que sea tomada como fecha para el estudio de la causación de la pensión de invalidez, no solo la del estado de pérdida de capacidad laboral, sino también **(i)** el momento en que se emitió el dictamen; **(ii)** cuando se efectuó la solicitud de reconocimiento prestacional o **(iii)** cuando se produjo la última cotización.

Sin embargo, **lo anterior tiene como única finalidad la de reconocer todos los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados que han venido sufriendo un deterioro paulatino en su estado de salud**, pero que conservan una *capacidad laboral residual* (concepto que la Corte ha ido cambiando por el capacidad laboral según CSJ SL1040-2020, CSJ SL1717-2021 y CSJ SL 781-2021) que permite continuar ejerciendo dentro del mercado de trabajo.

En ese sentido, tal excepción a la regla general tiene como propósito favorecer al trabajador que, a la fecha de la consolidación de la invalidez, no reúne la totalidad de semanas exigidas para causar la prestación y que aun con la disminución en su fuerza laboral, continúa prestando sus servicios.

Al respecto, la sentencia CSJ SL 3275-2019 desarrolló dicha temática en los siguientes términos:

Precisamente, en amparo del riesgo de invalidez se dispuso la creación de una pensión a favor de la persona que ha perdido su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital, permitiendo el acceso a un ingreso vinculado con la preservación de una vida digna y de calidad.

De esta manera, resulta obligación del Estado proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad; así mismo, resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven sometidas, pues es a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, que el legislador ha ido a la par de dichas prerrogativas, con la expedición de las Leyes 1046 y 1306 de 2009, y 1618 de 2013, con el fin de establecer un modelo de inclusión social para superar las barreras a las que dicha población está sometida.

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas (subraya la Sala).

A raíz de lo expuesto, no es admisible que la sociedad recurrente procure valerse de esta regla jurisprudencial concebida para la protección de los trabajadores con el fin de condicionar el disfrute pensional de la demandante a la fecha en la que se encontraba vigente la póliza de seguros, aun cuando ella acreditó lo requerido para causar la prestación al 26 de septiembre de 2006”.

De esta manera, y como quiera que la póliza de seguros tuvo cobertura entre el 01 de enero de 2010 y el 01 de enero de 2014, y la fecha de estructuración establecida por las entidades de seguridad social data de mayo de 2013, considera la Sala que si existía cobertura y, por tanto, que le corresponde a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. pagar la suma adicional para

completar el capital necesario que financie el monto de la pensión de invalidez conforme a la póliza 9201410004634.

En cuanto al papel de las aseguradoras en relación con los seguros provisionales en sentencia SL2843-2020, se dijo:

“En el sistema de ahorro individual, es obligatoria la contratación de esta suerte de seguro, porque a diferencia de lo que sucede en el sistema de prima media con prestación definida, en el que los recursos ingresan a un fondo común, en el primero, la cuenta de cada afiliado está conformada por los aportes del afiliado, y los rendimientos, y cuando éstos resultan insuficientes para financiar la prestación, el faltante será provisto por la compañía aseguradora con la que se haya contratado el seguro.

Esta Sala de la Corte, ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema que ahora se debate. En sentencia de 2 de octubre de 2007, radicación 30252, se adoctrinó lo siguiente:

En el sub lite la Administradora de pensiones a quien se le demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al contestar la demanda llamó en garantía a su entidad aseguradora, y ésta al comparecer al proceso aceptó tal condición, admitió la existencia del vínculo de aseguramiento, en los términos de la ‘Póliza de Seguros Provisionales de Invalidez y Supervivencia’ (sic), aportado por la Administradora de pensiones en su contestación de la demanda.

El Ad quem absuelve a COLSEGUROS por entender que ‘se desconoce el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido’ la entidad Aseguradora.

Tal desconocimiento es un yerro del Tribunal. Es la Ley de Seguridad Social Integral la que concibió el Ahorro Individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de la invalidez y de la muerte; y sin duda se trata de una obligación insoslayable pues es inherente a la naturaleza del régimen de ahorro individual tomar un seguro a través de la administradora de pensiones, con un objeto definido legalmente de garantizarle al afiliado las sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, como lo manda el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

[...] Para resolver en instancia, además de lo discurrido, conviene retomar lo que la Sala expuso en la sentencia de casación, antes identificada:

Demandante: **HENRY CAPERA UMBARILA.**

Demandado: **PORVENIR S.A.**

Como consideraciones de instancia, se ha de señalar que el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes es para el colectivo de afiliados a una Administradora de Pensiones, la que actúa como tomadora por cuenta de éstos; el amparo de la póliza se extiende de manera automática al afiliado con la afiliación a la administradora de pensiones.

El objeto del aseguramiento es definido por la ley, y como imperativo que es, se reproduce en las pólizas de seguros con las que se formaliza el vínculo de aseguramiento previsional, y consiste en garantizar la existencia de capital suficiente para financiar la pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa a favor del afiliado o de sus beneficiarios, esto es del valor actual de la pensión de referencia respectiva, integrándolo con la suma adicional que le falta al acumulado por aportes obligatorios y bono pensional si lo hubiere, en la cuenta de ahorro individual.

La pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa es la que genera el derecho al amparo del seguro.

En este marco basta con la regulación legal –artículo 108 de la Ley 100 de 1993- y la reglamentaria –artículos 15 y 18 del Decreto 1161 de 1994-, para definir el contenido de la obligación de aseguramiento respecto al afiliado; con esto se advierte además que la relación de aseguramiento previsional es de carácter reglamentario, como corresponde a las relaciones de la seguridad social.

De esta manera el objeto del aseguramiento es el definido en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, en los términos de garantizar la suma adicional que sea necesaria completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes, al mismo que remite la póliza visible a folio 57.

‘Lo anterior sin perjuicio de entender que algunos aspectos de la relación de aseguramiento quedan definidos en la Póliza de Aseguramiento de la pensión de Invalidez y Sobrevivientes, como el de la existencia, o la vigencia de la misma, la que en el sub lite, estaba por fuera del debate probatorio, por haber sido admitidas por la entidad aseguradora llamada en garantía’.

Como corolario de lo expuesto, se revocará parcialmente la sentencia del a quo, en cuanto, como consecuencia de la absolución a favor de la demandada, liberó de responsabilidad a la llamada en garantía, y en su lugar se condenará a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. a cubrir la suma adicional, que, agregada a la acumulada en la cuenta de ahorro individual por aportes obligatorios, más los bonos pensionales, que llegaren a existir, completen el capital necesario para pagar la pensión de sobrevivientes de la promotora del juicio”.

Al punto, se aclara que en relación con que el asegurado era la **A.F.P. Horizonte Pensiones y Cesantías**, recuérdese que tal entidad fue absorbida por PORVENIR S.A., por lo que adquirió todos los derechos y obligaciones de la primera.

Finalmente, y en relación con la **prescripción** se aclara que, no se considera que operó tal fenómeno a favor de la llamada en garantía, dado que el conflicto estuvo dirigido a procurar una pensión de invalidez, lo que se encuentra gobernado por las disposiciones propias de la disciplina del trabajo que conceden un término trienal para el ejercicio de las acciones laborales, que en el *sub lite*, no ha transcurrido, pues quedó claro que la primera mesada que se reconoce es a partir del 01 de julio de 2017 (SL1110-2018 y SL3697-2020).

Así las cosas, se **REVOCARÁ el numeral quinto** de la sentencia, y en su lugar se CONDENARÁ a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a reconocer y pagar la suma adicional que requiera para completar el capital necesario para financiar el monto de la pensión de invalidez reconocida a HENRY CAPERA UMBARILA, conforme lo dispuesto en la póliza No. 9201410004634.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de PORVENIR S.A., es tal entidad la llamada a asumir tal carga.

Frente al valor de las agencias en derecho, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento, puesto que conforme al primer inciso del artículo 366 del C.G.P., tal temática es del resorte del juzgado que haya conocido en primera o única

instancia; en cualquier caso, no es la oportunidad procesal para definir este aspecto, pues aún no estamos frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el inciso 5° del artículo 366 del C.G.P.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia impugnada. En su lugar, se **CONDENA** a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, pagar a PORVENIR S.A. la suma adicional que requiera para completar el capital necesario para financiar el monto de la pensión de invalidez reconocida a HENRY CAPERA UMBARILA, conforme lo dispuesto en la póliza No. 9201410004634.

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

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2016-00512 -01

Demandante: **HENRY CAPERA UMBARILA.**

Demandado: **PORVENIR S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER.

Código Único de Identificación: 11001310502620190030901

Demandante: **LUIS ALFONSO MUÑOZ HERNÁNDEZ**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. Ivonne Rocío Salamanca Niño, identificada con C.C. No. 1.013.592.530 y T.P. No. 199.090 del C.S. de la J., como apoderada principal del demandante.

SEGUNDO: Téngase a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.

TERCERO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

CUARTO: Reconózcase personería jurídica a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera, identificada con C.C. No. 53.077.146 y T.P. No. 184.941 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Godoy Córdoba Abogados S.A.S.

SENTENCIA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandada PORVENIR S.A., y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ALFONSO MUÑOZ HERNÁNDEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare ineficaz el traslado de efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

Como fundamento de sus pretensiones, narra los siguientes hechos:

1) Se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a partir del 11 de noviembre de 1987; 2) Se trasladó del RPM al RAIS, afiliándose a Porvenir S.A. el 29 de julio de 1997; 3) Porvenir S.A., a través de su promotor solamente se limitó a llenar un formulario establecido para el efecto, 4) Porvenir S.A. no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el

valor de la pensión en cada uno de los regímenes; 5) Al momento de su traslado, Porvenir S.A. no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen; 6) Solicitó a Porvenir S.A. le entregaran copia de los documentos que le dieron para tomar la decisión de traslado, pero no le fueron entregados; 7) Solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, lo cual no ha sido respondido; 8) Solicitó ante Porvenir S.A. la anulación de su afiliación a lo cual se le extendió respuesta negativa; 9) En el RPM su pensión sería de \$3.536.529 y en el RAIS de \$1.652.305.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 272 a 283), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que no hay razones para que se declare la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS, ya que esta tiene plena validez y legalidad, pues no se probó por parte del actor alguna de las causales de nulidad, como vicios en el consentimiento.

Adujo que, el demandante nació el 23 de octubre de 1963 y para la fecha de solicitud de cambio de régimen le faltaban manos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, por lo anterior, no es procedente el traslado de régimen del actor, ya que la legislación vigente lo prohíbe y tampoco tendría derecho al traslado de régimen en cualquier tiempo sin consideración a la edad ya que al 1° de abril de 1994 no tenía cotizadas 750 semanas o 15 años de servicios, sin ser beneficiario del régimen de transición, siendo su traslado al RAIS legal y válido.

PORVENIR S.A. (fls. 309 a 375), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

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

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

Adujo que el actor, durante su vinculación a esa AFP contó con varias oportunidades para revertir la decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, de lo cual es posible concluir que siempre mantuvo interés en mantenerse vinculado al RAIS.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Luis Alfonso Muñoz Hernández al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1997. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (...)”

En síntesis, la *a quo* indicó que, conforme la sentencia SL 12136 de 2014 radicado 4692 debe analizarse si la administradora informó los riesgos del cambio de régimen y los beneficios, es decir, se debe acreditar que la administradora garantizó una decisión libre, la cual no se entiende satisfecha con una simple expresión genérica.

También, citó la sentencia 68852 de 2019, en la que se reitera el deber de los fondos de brindar a sus afiliados una información clara, completa y pertinente, indicando que si bien, con los años se ha pasado del buen consejo al deber de doble asesoría, es deber de los jueces verificar en cada caso el momento histórico, pero el deber de información siempre ha existido.

Para el caso concreto, expuso, se aportó copia del formulario de afiliación, el cual da cuenta que el demandante efectivamente se afilió a Porvenir S.A. en el año de 1997, trasladándose del ISS, sin que se vislumbre la información brindada al demandante al momento de la suscripción del documento, es decir, solamente se establece un consentimiento sin que se desprenda que el mismo fue debidamente informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR

Precisó que, conforme el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993 la ineficacia del traslado de régimen pensional se aplica en los casos en que se haga evidente que al demandante se le negó la posibilidad de hacer uso de esa libertad de elección de régimen y en tal sentido, lo que la norma

dispone es que se debe verificar una circunstancia que le limite esa posibilidad de decidir, de manifestar su voluntad de pertenecer a un régimen u otro, y en este caso queda claro que dicha circunstancia no se presentó, sino que se evidencia que el demandante hizo de manera voluntaria su traslado y tuvo la posibilidad de recibir información sobre las características de cada uno de los regímenes.

Indicó que en el caso particular, no había una necesidad pensional ya concebida que tuviera que protegerse, no se logró demostrar una afectación grave a su derecho pensional de acuerdo con la Ley 100 de 1993, máxime cuando el traslado no determina cuál es el monto de una determinada pensión sino que corresponde al paso del tiempo y los posteriores aportes que realice, además quedó claro que la motivación es la expectativa pensional, y la Corte Suprema de Justicia ha declarado que esta motivación no es suficiente para declarar la ineficacia.

Frente a la devolución de saldos descontados por concepto de administración, estos son autorizados por la ley, además, en el régimen de prima media también se generan y en tal sentido, condenar a devolverlos configura un enriquecimiento sin justa causa, ya que los riesgos de invalidez, muerte y vejez, han estado cubiertos por más de 20 años y la administración de la cuenta individual ha permitido el crecimiento de la misma por una buena gestión.

Finalizó solicitando se revoque la condena en costas.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 16 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en la demanda y contestaciones, así como en el recurso interpuesto.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las

materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019

de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 11/11/1987 (fl 46 y 278); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 29/07/1997 a través de la A.F.P PORVENIR S.A (fl 54 y 337); y **iii)** que los días 17 y 29 de octubre de 2018 (fls. 98 y 101) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por las accionadas.

Pues bien, a folios 54 y 337 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 29/07/1997 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

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

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

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal como se explicó in extenso en la pluricitada SL 1688-2019:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

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

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

Frente a la inconformidad del demandado apelante **PORVENIR S.A.**, respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración que ordenó efectuar el *a quo*, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de

abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

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

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

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la Consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En cuanto a lo solicitado por **PORVENIR S.A.**, respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en

costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con esta entidad.

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

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

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

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a las AFP accionada, esto es **PORVENIR S.A.**, la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO .- SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01

Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**

Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN** promoviese contra **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO, y RAFAEL MORA.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01
Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**
Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA
DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato laboral con **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**, del 24 de octubre de 2012 al 31 de enero de 2016; y que **CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO** y **RAFAEL MORA** son solidariamente responsables de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de primas de servicios, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías junto con su respectiva sanción por falta de pago, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido indirecto, y aportes al sistema de seguridad social integral.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó: **1)** Ingresó a prestar sus servicios a **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**, el 24 de octubre de 2012, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para ocupar el cargo de Gerente General; **2)** Cumplía un horario de trabajo de lunes a sábado de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; **3)** Devengó \$1'200.000 en 2012 y 2013, \$1'500.000 en 2014, y \$1'700.000 en 2015 y 2016; **4)** La relación finalizó el 31 de enero de 2016; **5)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y **6)** los codemandados **CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO** y **RAFAEL MORA** son socios capitalistas de **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

COMPRO SEGURIDAD LTDA., RAFAEL MORA y CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO (fls. 70 a 81 y 177 a 183), contestaron en un solo escrito, se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, mala fe y temeridad.

Aceptaron que el demandante prestó sus servicios personales a partir del 24 de octubre de 2012 como representante legal; y que **CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO y RAFAEL MORA** son socios de la empresa.

Indicaron que el demandante era cuñado de **RAFAEL MORA**, razón por la que el primero entregó un capital al segundo, con la finalidad de que realizara todo lo pertinente para la constitución de la sociedad **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**, estableciéndose que el actor sería su representante legal; que el demandante prestó sus servicios con completa autonomía e independencia, sin que tuviera que efectuar rendición de cuentas, informes de gestión, informes contables, o similares; que la relación contractual terminó cuando el actual representante legal de la empresa, Cristhian Horacio Vera, puso en conocimiento de los socios de la inexistencia de contabilidad e informes de gestión, la descapitalización de la sociedad, el vencimiento de la licencia de funcionamiento, y la constitución de una sociedad paralela de nombre **ORGANIZACIÓN COMPRO S.A.S.**, respecto de la que se indicó que tenía el mismo domicilio de **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**; que **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**, actualmente se encuentra descapitalizada; que a la par que el accionante prestaba sus servicios a **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**, se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01
Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**
Demandado: **COMEPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA
DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

encontraba laborando para **BRAND SEGURIDAD LTDA.**; y que el demandante era quien tenía bajo su completa subordinación a todo el personal de la empresa, y era el encargado de efectuar los correspondientes pagos a seguridad social.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió que de la certificación allegada, y de los interrogatorios de parte de los demandados, se logra establecer que el actor prestó su servicio personal a favor de **COMEPRO SEGURIDAD LTDA.**, como gerente; que el vínculo entre las partes inició por propia iniciativa, y en calidad de socios, no dentro del ámbito laboral; que según su propio interrogatorio de parte del demandante aportó la cifra de \$30'000.000 para los gastos iniciales de la empresa, pero que ante la imposibilidad de aportar el capital necesario para ser socio capitalista, su aporte se centró en la gestión y conocimiento; que el demandante contaba con toda la autonomía para la contratación de personal y efectuar la constitución de la empresa; que no se evidencia que el accionante debiera acatar órdenes o directrices de algún superior para desempeñar sus funciones de gerente general; y que lo que se presentó entre las partes fue un acuerdo para la constitución de la empresa **COMEPRO SEGURIDAD LTDA.**

Indicó que la constancia laboral allegada es un documento impreciso, pues no ilustra los elementos que como gerente realizaba el accionante, así como tampoco se infieren los elementos del artículo 23 del C.S.T.; que a la par de la presunta existencia de un contrato de trabajo del actor con **COMEPRO SEGURIDAD LTDA.**, éste presenta cotizaciones con otra empresa de nombre **BRAND SEGURIDAD LTDA.**, lo que es indicio que lleva

a establecer que no se prestó un servicio de forma exclusiva, y que la prestación del servicio fue independiente; que aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte se desprende que el actor también se enfocó en la creación de otros modelos de negocio, y que a la finalización de su vínculo, le fue pagada la suma de \$30'000.000 por su calidad de socio; y que los reglamentos allegados tienen más relación con el régimen de la empresa que con las funciones o la imposición de órdenes al demandante.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La **PARTE ACTORA** manifestó que no se hizo un análisis en conjunto de todas las pruebas, ya que obra una certificación laboral, aportes al fondo nacional del ahorro, y aportes a cesantías en Porvenir S.A., de las que se logra desprender que el accionante prestó sus servicios del 24 de octubre de 2012 al 31 de enero de 2018; que en la certificación se rotula que es una constancia de tipo laboral, por demás que el testigo que suscribió este documento afirmó que correspondía a la realidad y que fue consultado con sus superiores para poderla expedir; y que para el momento que se hizo la certificación, la relación había fenecido.

Expuso que del acervo probatorio es dable extraer el pacto relativo a que el accionante debía gozar de todos los beneficios de un trabajador; que no aparece prueba dentro del plenario de que el accionante fue citado a asamblea de accionistas, junta de socios, o que se le haya reconocido algún valor como socio, por lo que no es dable establecer que el demandante tuvo vocación societaria; y que en todo caso, nada impide que una persona que tiene la calidad de socio pueda ser considerado trabajador dentro de una empresa, tan es así que hay aportes a seguridad social y a la cuenta de cesantías.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01
Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**
Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA
DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

Explicó que no se demostró que existiera exclusividad del trabajador con la demandada, por eso es posible que exista la multifiliación a seguridad social de un trabajador de varios empleadores; que del interrogatorio de parte y los testimonios se logra extraer cuales fueron las funciones del accionante, por lo que si bien es cierto no están en la certificación laboral, están demostrados con los anteriores medios de prueba;

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si la relación que existió entre el actor y **COMPRO SEGURIDAD LTDA.**, se dio o no mediante un contrato de trabajo.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

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

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

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo⁷.

presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

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

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

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

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

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No es objeto de discusión en el proceso la prestación personal de los servicios del demandante para la sociedad COMPRO SEGURIDAD LTDA.

Ahora bien, al proceso se arrimó la prueba testimonial de **Gilbert Ortiz, Diana Carolina Méndez Ramírez, y Miguel Andrés Fernández Jara**, quienes manifestaron lo siguiente:

Gilbert Ortiz dijo que conoce al demandante desde hace 12 años, cuando empezaron a trabajar como guardias de seguridad en la empresa de Seguridad Central; que conoce a Cristian Horacio Vera porque era el subgerente de la empresa, y CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO fue quien conformó COMPRO SEGURIDAD LTDA; que empezó a trabajar en la empresa accionada el 14 de julio de 2013 y estuvo hasta el 30 de abril de 2017; que el actor era el Gerente de la empresa, por lo que era el encargado de buscar licitaciones, contratar gente, era quién debía hacer crecer la empresa; que el demandante le terminaron su vínculo el 30 de enero de 2016; que el accionante era quien le impartía órdenes; que el demandante atendía y conseguía clientes, hizo instalaciones de cámaras y contrataba personas; que el pago de salarios, nómina y liquidaciones las hacía Cristian Horacio Vera, pero que lo hacía bajo lo que el actor pasaba o informaba; que el actor se mantenía todo el tiempo en la empresa, a la hora que saliera un cliente; que lo contrató el demandante para trabajar en la sociedad demandada como Supervisor de Seguridad; que le pasaba informes al actor; que no conoce los motivos por los que el actor dejó de trabajar en la empresa; que fue Andrés Hernández quién le dijo que al actor no lo iban a dejar trabajar más en la compañía, pero que no estuvo presente cuando se terminó la relación con él.

Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**

Demandado: **COMEPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

Por su parte, **Diana Carolina Méndez Ramírez** informó que fue empleada en la sociedad demandada, y que trabajó como contadora y auxiliar administrativa de febrero de 2016 a 2018; que sólo vio una vez al actor en la empresa; que el demandante era Gerente; que rendía informe de sus funciones a Cristian Horacio Vera y a Andrés Hernández; que la situación financiera de la compañía estaba muy dejada, ingresó a hacer la contabilidad y no estaba al día, ni siquiera la afiliación de los trabajadores; y que en esa Cristian Horacio Vera era quien pagaba la nómina y la liquidación a los trabajadores.

Finalmente, Miguel Andrés Hernández Jara indicó que conoció al actor cuando fue a pedir trabajo a la sociedad demandada, en marzo de 2014, él era el Gerente General, fue quien me hizo la entrevista y quien me contrató; que era Operador de Operaciones; que estuvo vinculado en la empresa hasta septiembre de 2017; que Jaime Pineda era el Gerente General y socio de la compañía; que en la empresa tenían una cartera bastante amplia porque algunos clientes no estaban cancelando las facturas; que la parte administrativa y financiera la manejaba el actor, así como era el ordenador del gasto; que expidió la certificación laboral del actor por órdenes de él mismo; que el actor no cumplía horario; que para los cheques y reclamar cobros tenían que enviar al supervisor a la casa del demandante para recoger la firma, Gilbert Ortiz; que no sabe si el actor rendía informes contables, pero que él sí se reunía con los socios, pero que no sabía qué dialogaban en las reuniones; que el actor prestaba sus servicios a la par con otra empresa, que era de carros; que la Organización COMEPRO SAS, fue constituida por Claudia Camacho en conjunto con el actor; que cuando se terminó COMEPRO SEGURIDAD LTDA., él (el testigo) creó una sociedad que se llama COMEPRO SEGURIDAD, de la que es el representante legal; la cual tiene el mismo nombre porque el testigo tiene “la dotación que quedó de la otra empresa”; que el actor dijo que deseaba retirarse y vendió su parte en la sociedad;

que en enero de 2015 lo invitaron a una reunión de socios, y en esa reunión manifestaron que lo dejaban de suplente del actor, y que escuchó que el demandante quería retirarse y que vendía su parte de la sociedad; que el accionante era socio porque cuando él le hizo la entrevista, le hizo saber tal condición; que las funciones del demandante eran las de representante legal, él estaba a cargo de toda la compañía; que el actor era el que pagaba nómina, que él sólo le ayudaba con el montaje de nómina; que le expidió una certificación laboral del tiempo laborado y el cargo en que se desempeñó; que dicha certificación fue autorizada por el mismo actor y nadie más intervino; y que Cristian Horacio Vera era el contador de la compañía, y que desconocía sus funciones.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas es claro que resulta acertada la decisión de la A Quo de tener por probado el elemento de la *prestación personal del servicio*, puesto que se encuentra acreditado que el actor prestó un servicio a favor de **COMEPRO SEGURIDAD LTDA.**, como Gerente y/o Representante Legal; y que las funciones del demandante eran las de buscar licitaciones, contratar gente, hacer crecer la empresa, impartir órdenes al supervisor, atender y conseguir clientes, contratar personal y aprobar la nómina.

Ello se desprende, no solo de la prueba testimonial sino además del **interrogatorio de parte del representante legal de COMEPRO SEGURIDAD LTDA.**, Cristian Horacio Vera, quien afirmó que el accionante era quien tenía el manejo de la empresa, quien firmaba los cheques de las nóminas, hacía los retiros, que él era representante legal, que la contratación del personal estaba a cargo del actor y que, dentro de la jerarquía de la empresa en el año 2016, este figuraba como Gerente.

En igual sentido, la demandada **Claudia Patricia Duarte Colorado** en interrogatorio de parte manifestó que el actor fue socio y quien administró **COMEPRO SEGURIDAD LTDA.**; y que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01
Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**
Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA
DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

actor tenía un porcentaje como socio y era el encargado de pagar las nóminas de todos los empleados de la empresa, y de él mismo.

Conforme lo anterior, resulta nítido que en favor del actor se activó la presunción de existencia del contrato de trabajo correspondiéndole a la parte demandada acreditar que la prestación del servicio estuvo regida por un vínculo de otra naturaleza y ausente de subordinación.

Así, en la valoración de la testimonial de los señores **Diana Carolina Méndez Ramírez, y Miguel Andrés Fernández Jara** se encuentra que estos informaron que el actor no cumplía horario; que la situación financiera de la compañía estaba muy "*dejada*", por lo que Diana Carolina Méndez Ramírez ingresó a hacer la contabilidad de la empresa, la que, en su dicho no estaba al día, ni siquiera la afiliación de los trabajadores; que el actor prestaba sus servicios a la par en otra empresa de carros; afirmaciones de las que se denota la carencia del elemento de subordinación; y que no se evidencian contrarias a las de **Gilbert Ortiz**, pues este informó que el actor era el Gerente de la empresa; era quien le impartía órdenes; era quien informaba lo que se iba a pagar por concepto de salarios, nómina y liquidaciones; que el actor permanecía en la empresa sin definir algún tipo de horario; y que el testigo le entregaba informes al actor; nótese como de esta declaración no se logra establecer que el accionante tuviera que efectuar algún tipo de rendición de cuentas de su labor, u obedeciera algún tipo de orden.

Y aunque si bien es cierto el cargo de Gerente y Representante Legal desempeñado por el demandante le atribuyen per se un grado de autonomía alto, precisamente por las funciones y el rol de la persona en la empresa y ello no puede ser un elemento determinante de independencia que lleve automáticamente a desdibujar la eventual existencia del contrato de trabajo, lo cierto es que en el caso analizado la prueba

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01
Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**
Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA
DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

recaudada, en especial la testimonial, permite evidenciar que el actor no estaba subordinado, que no obedecía órdenes, y más bien se comportaba como un socio que por demás tenía sendas facultades de dirección, contratación y manejo.

Soporta las anteriores conclusiones además, lo declarado por el demandante en el **interrogatorio de parte** del cual es dable establecer que éste aportó \$30'000.000 para la constitución de la sociedad, a título de "socio de palabra"; que manejaba la parte operativa y financiera de la empresa; y que al momento de la terminación del vínculo con la sociedad los demandados únicamente le devolvieron tal valor; por lo que, el demandante si bien expresamente no fue considerado socio, el cargo en el que fue nombrado fue el de Gerente y/o Representante Legal, en el que se observa que actuaba con total autonomía en la labor de ejecutar los correspondientes actos de administración y direccionamiento de la empresa, los que por demás no se evidencia que se ejecutaron de forma dependiente y subordinada.

Al respecto, en un caso de similares características, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 01 de agosto de 2012, Rad. 43605, señaló:

"En torno a la conclusión referida se observa que, de los estatutos de la sociedad demandada, no es factible extraer las condiciones en que el señor ALFREDO PARRA RODRÍGUEZ prestó su concurso personal a dicha compañía, pues, si bien, en ellos se asignan unas funciones al Gerente, ello no significa necesariamente que tuviera una dedicación permanente y subordinada, que exigiera la celebración de un contrato de trabajo, principalmente por carecer de un superior inmediato y, también, porque su gestión podía estar simplemente orientada a supervisar, trazar directrices y delegar funciones, esto por cuanto que la sociedad cuenta con una planta de personal administrativa dispuesta para el cumplimiento de su objeto social, prevista en el artículo 25 de esos estatutos, donde se destaca la existencia de un subgerente.

Tampoco se desprende del Acta de la Asamblea Extraordinaria, celebrada el 8 de mayo de 2001, en la que fue nombrado como Gerente de la empresa el señor ALFREDO PARRA RODRÍGUEZ, que se haya acordado por ese órgano social que sus servicios

Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**

Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

serían subordinados (fls. 7 a 11), toda vez que no se hizo ninguna manifestación referente a la naturaleza jurídica del vínculo del actor, o de aspecto alguno relacionado con ese punto. Igual acontece con el Acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de la misma empresa, reunida el 28 de noviembre de 2003, en la que se eligió como Gerente de la sociedad al señor VICTOR R. PEÑA, pues en esa sesión nada se dijo sobre el carácter de la vinculación del demandante.

Constituye en cambio un indicativo contundente en torno a que fue voluntad de las partes el que la vinculación del demandante fuera autónoma e independiente, el que se empleara como modalidad de pago el cobro y pago de honorarios, pues por cerca de dos años y medio se utilizó esa forma sin que el señor ALFREDO PARRA RODRÍGUEZ se mostrara inconforme, lo que no puede entenderse como una muestra de temor reverencial o necesidad económica, pues en el accionante confluía a su vez la condición de socio de la empresa demandada. Llama la atención, al respecto, que entre el acta número 32 de la Asamblea General de Socios, que da cuenta del nombramiento del actor, como Gerente de la Compañía, el 8 de mayo de 2001, y el acta 57, de 28 de noviembre de 2003, en la que aparece que la Asamblea General de Socios removi6 tácitamente de ese cargo al demandante, al designar a otra persona, ese cuerpo social se reuni6 26 veces sin que el demandante reclamara el carácter subordinado de los servicios que prestaba a la sociedad; incluida la correspondiente a la asamblea en la que confirmó en la gerencia al accionante”.

En este punto, preciso resulta aclarar que documentos como los de (fls.17 a 29 (afiliación de demandante al Fondo Nacional del Ahorro y a Porvenir S.A., por parte de la sociedad demandada, así como la constancia laboral de folio 16, deben ser analizados en contexto y no son indicativos categ6ricos exclusivos de subordinación laboral. A juicio de la Sala el documento visible a folio 16, no resulta suficientemente certero, claro y contundente para de él establecer la existencia de un contrato de trabajo, pues aunado a que no establece expresamente que entre las partes existi6 un contrato de trabajo, de la misma tampoco se pueden extraer elementos indicativos de subordinación, modalidad, horario e, incluso, el salario devengado, pues únicamente hace alusión a que el accionante fue Gerente General, y que desempeñ6 tal cargo entre el 24 de octubre de 2012 y el 31 de enero de 2016, por dem6s que dicha constancia fue suscrita por el señor **Miguel Andr6s Fern6ndez Jara**, persona que acudi6 a juicio en calidad de testigo, y que fue certera en mencionar que

la realizó bajo las órdenes del accionante y que fue autorizada por él sin que nadie más interviniera.

Igualmente, es necesario esclarecer que el sólo hecho que a una “constancia laboral” se le denomine de esta manera no significa necesariamente que el empleador acepta la existencia de un contrato de trabajo, pues recuérdese que lo que se debe tener como cierto frente las certificaciones laborales es su contenido. Al punto, en sentencia del 02 de agosto de 2004, rad. 22259, reiterada en la SL16528-2016 y SL4566-2019, establece:

“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”.

En todo caso, si en gracia de discusión se tuviere al actor como trabajador, en sentencia del 30 de noviembre de 2010, rad. 39143, reiterada en sentencia SL2265-2018, la H. Corte llamó la atención en que, por razones de transparencia, no resultaba válido admitir que una misma persona, desde su condición de socio y/o gerente, suscribiera un contrato de trabajo en el que, a su vez, fungía como trabajador, para darse unas especiales condiciones que luego opondría a la empresa. En esa oportunidad dijo la Corte:

“En verdad, el razonamiento del Tribunal no se basó en la existencia o no del contrato laboral, sino en su duración y en la viabilidad ética y jurídica de que el actor, a pesar de ser gerente de la sociedad demandada, suscribiera un contrato

Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**

Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

laboral a término fijo, ostentando la doble condición de representante legal y trabajador, cuestión en la que nada incide la concurrencia de los contratos de trabajo y de sociedad.

Para ese fallador, "...no puede aceptarse que una misma persona se concentren las facultades para obligarse como persona natural al servicio del ente jurídico demandado y a su vez para obligar a la misma sociedad, pues tal situación contempla en sí una incompatibilidad de proceder". Dijo, además, que, para garantizar la transparencia, quien debió suscribir el contrato en representación de la sociedad fue su subgerente, quien tenía las mismas facultades del gerente y remató esa argumentación señalando: **"No es aceptable tolerar que el demandante en forma unilateral estipule en el contrato de trabajo a término indefinido unas condiciones legales especiales que posteriormente utilizará en contra de la empleadora, desconociendo abiertamente las condiciones que comportan un acto jurídico, como lo es el acuerdo de voluntades de dos o más partes, pues, para el caso de autos, solo existió una parte, el señor HECTOR ALIRIO MATEUS VÁSQUEZ"**.

Para la Corte los razonamientos jurídicos del Tribunal son acertados, pues se corresponden con las normas legales que gobiernan las facultades y restricciones de la representación, en tratándose de contratos comerciales, que buscan que una misma persona no pueda fungir como contraparte de quien representa, o contratar consigo misma.

[...] A la luz de esa disposición, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal es ajustada a derecho, pues no podía avalar que el actor, en su condición de gerente, estableciera, motu proprio, las condiciones de su contrato de trabajo.

El Tribunal tampoco infringió el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre la ejecución de buena fe del contrato de trabajo, como que consideró que ella no estaba presente en la conducta del demandante, lo que indica que tuvo en cuenta el precepto.

Estimó el juzgador que "También se echa de menos en el expediente que el demandante hubiera notificado a la junta directiva de la sociedad sobre la suscripción del mentado contrato, lo cual permite inferir que nunca salió de su orbita (sic) el conocimiento de las condiciones contractuales que solamente él conocía y que únicamente vino (sic) a ser públicas cuando se terminó el vínculo contractual para alegarlas en su favor, conducta con la cual preconstituyó unos elementos de facto que nunca pudieron ser discutidos por la empleadora, proceder que incluso comporta la mala fe del trabajador." (Folio 282).

En conclusión, en el presente caso, en razón de las condiciones no discutidas relacionadas con la categoría del demandante, como gerente y trabajador de la empresa demandada, no le era dable que concentrara en su misma persona las facultades para obligarse como persona natural y, a la vez, para obligar a la misma sociedad en la fijación del

término de su contrato de trabajo, como con acierto lo concluyó el ad quem” (Negrillas por la Sala).

Todo lo anterior conduce a reiterar que, aunque la concurrencia de contratos prevista en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo supone, por regla general, una autonomía de los vínculos jurídicos que confluyen, lo cierto es que, en determinados casos, las actuaciones propias de cierta posición deben impactar a la otra, por exigirse de las personas un comportamiento consecuente y por no resultar apropiado un aprovechamiento indebido de sus propios actos. Para el caso concreto, es cierto que una persona que participa en la decisión de terminar su contrato de trabajo, desde su condición de socio, no puede desconocer ese hecho, de manera posterior, para solicitar una indemnización, de manera que, tal como se anotara en la sentencia SL845-2021, si el actor contaba con potestades administrativas y societarias que le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad, tal como lo es participar en la gestión de su propio salario, la eventual responsabilidad derivada de la omisión en el pago de su remuneración también le es atribuible.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2018-00223 -01
Demandante: **JAIME ARLEY PINEDA GUILLEN.**
Demandado: **COMPRO SEGURIDAD LTDA., CLAUDIA PATRICIA
DUARTE COLORADO, Y RAFAEL MORA.**

R E S U E L V E

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

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

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

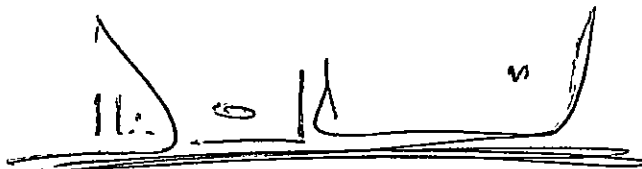
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$350.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **BENJAMÍN PACHÓN CORTES** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago de la mesada catorce a partir de junio de 2012. Igualmente, se solicitan intereses moratorios e indexación.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró con el Banco Central Hipotecario del 01 de septiembre de 1970 al 20 de diciembre de 1996; **2)** En 2003 el Banco Central Hipotecario procedió a conmutar las pensiones que tenía a su cargo con el I.S.S.; **3)** El Banco Central Hipotecario le reconoció pensión al actor hasta el 04 de diciembre de 2011; **4)** Mediante Resolución 46244 de 2011 COLPENSIONES asumió la pensión de vejez que le estaba reconociendo el Banco Central Hipotecario, no obstante, suspendió el pago de la mesada catorce; y **5)** El 05 de junio de 2019 solicitó su mesada catorce, la que fue negada por COLPENSIONES el 06 de junio de 2016.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 41 a 46) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que la mesada catorce se reconoce a aquellos pensionados que causaron su pensión antes del 31 de julio de 2011, siempre y cuando el valor de la prestación sea igual o inferior a tres salarios mínimos; que mediante la Resolución GNR 27256 de 2016, por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo en el régimen de prima media, al accionante se le otorgó

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00473 -01
Demandante: **BENJAMÍN PACHÓN CORTÉS.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

su pensión de vejez a partir del 05 de diciembre de 2011; y que si bien la mesada pensional del actor es inferior a tres salarios mínimos, se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 14 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que la mesada catorce desapareció con el Acto Legislativo 01 de 2005, de manera que sólo tienen derecho a tal prestación, quién tenga una mesada pensional igual o inferior a tres salarios mínimos, siempre y cuando la hayan causado antes del 31 de julio de 2011; y que el actor causó su pensión el 05 de diciembre de 2011, esto es, con posterioridad al 31 de julio del mismo año, por lo que no tiene derecho a la mesada catorce.

IV. APELACIÓN.

PARTE DEMANDANTE.

Manifestó que la pensión de vejez del accionante fue reconocida por el Banco Central Hipotecario, prestación que fue conmutada en cabeza de COLPENSIONES; y que por lo anterior, COLPENSIONES remplazó al Banco Central Hipotecario como empleador reconocedor de la prestación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si es procedente el reconocimiento y pago de la mesada catorce a favor del actor.

MESADA CATORCE Y COMPARTIBILIDAD PENSIONAL.

La mesada catorce o mesada de junio, fue creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º.) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996”.

No obstante, con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el reconocimiento de la mesada catorce quedó supeditada a que la causación de la prestación fuera anterior al 31 de julio de 2011, y que el monto fuera equivalente o inferior a tres salarios mínimos. Al respecto, el inciso 8° y el parágrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 01 de 2005, disponen:

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

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

En todo caso, sobre el tópico es necesario rememorar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 03 de diciembre de 2014, Rad. 64736, reiterada el 17 de junio de 2015, Rad. 57638, así como en la SL4517-2020, entre otras, ha expuesto que cuando una pensión se causa con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, se debe respetar el derecho a percibir catorce mesadas, por cuanto el inciso 9° del artículo 48 constitucional es claro en cuanto a que, en materia pensional se deben respetar los derechos adquiridos; y que si es la entidad empleadora la que venía reconociendo la pensión, ésta es la que debe asumir el pago de tal prestación, puesto que esto hace parte del mayor valor, el que está obligado a asumir, por efecto de la compartibilidad pensional. En la sentencia SL4517-2020 se estableció:

"En punto del debate, esta Sala en la sentencia CSJ SL3834-2019, donde se debatió un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Sala, sostuvo:

[...] en casos como el presente, la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional. De suerte que, de cara al inciso 1.º del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la

«proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.

Basta agregar que esta Corporación en anteriores oportunidades, se ha referido al tema de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales, entre otras, en la sentencia CSJ SL7917-2015, en los siguientes términos:

Lo cierto es que el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno al imponer la condena en la forma en que lo hizo, pues si la pensión convencional del actor fue reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y el actor venía recibiendo su importe en el equivalente a catorce mesadas anuales, el valor de cada anualidad es el que debe observarse para efectos de la compartibilidad con la pensión de vejez que le otorgó el ISS en vigencia de la referida normatividad, sin que importe finalmente si el ISS no reconoce la mesada adicional de junio por superar la pensión de vejez el monto de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la restricción que le impone el citado acto legislativo. Basta comparar la diferencia cuantitativa que existe entre las catorce mesadas que pagaba el Ministerio y las trece que reconoció y paga el ISS, de manera que si el monto de las primeras supera el monto de las segundas, la diferencia entre las dos debe ser asumida por el Ministerio, pues eso es finalmente el efecto que surge de la figura de la compartibilidad pensional. Como lo dijo esta Corporación en sentencia SL17444-2014, si «como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el ISS les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional.

Esta postura de la Sala ha sido reiterada en diversos pronunciamientos tales como: CSJ SL13254-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL11584-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL7909-2015, CSJ SL4819-2015, CSJ SL8296-2017, entre otros.

Así las cosas, como la pensión de jubilación reconocida por la demandada a Luis Enrique Niño Verbel fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y el ISS reconoció la prestación por vejez en vigencia del mismo y fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compartibilidad pensional, es la empleadora la obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido.

Bajo este horizonte, y siguiendo los derroteros jurisprudenciales anteriores, los que resultan aplicables al asunto bajo examen, debe precisarse que como la pensión de jubilación reconocida por el extinto IDEMA y asumida por la recurrente al favor del señor Germán Édgar Rojas Gutiérrez, fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y la que concedió el ISS por vejez en vigencia del mismo, fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compartibilidad pensional, es la empleadora la obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor

que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido”.

Lo anterior, encuentra su excepción en las pensiones que son reconocidas de forma voluntaria y/o temporal. En efecto, en tales casos, la H. Corte Suprema de Justicia dijo en la sentencia SL15828-2015 reiterada en la SL2822-2019:

“En la situación establecida por el ad quem, no cabe duda de que la pensión asumida por el empleador fue de carácter voluntario y temporal, y que nació a partir del acuerdo conciliatorio, donde se dejó registrado que el motivo del retiro del trabajador fue “jubilación anticipada”; luego, como lo asentó esta Corte, en la sentencia CSJ SL del 24 de julio de 2013, No. 42439, y reiterada en la SL 2260 de 2014, las partes, por tratarse de un derecho extralegal no modificatorio de uno preexistente, al momento de celebrar el acuerdo, tenían plena autonomía para acordar los términos, entre ellos que su duración fuera temporal, hasta cuando el ISS reconociera la pensión legal de vejez; justamente, la condición resolutoria acordada estaba dejando a salvo la expectativa legítima del actor del derecho legal a la pensión de vejez que ni siquiera, al momento del acuerdo, se trataba de un derecho adquirido para el actor.

El trabajador, al suscribir la conciliación, optó por terminar su contrato de trabajo y recibir una mesada pensional equivalente al sueldo promedio devengado al momento del retiro, desde el 21 de febrero de 1999 hasta el 6 de marzo de 2007, día en que el ISS le reconocería la de vejez, lo cual antes de afectarle sus derechos mínimos establecidos en la ley, evidentemente le representaba un beneficio, pues no obstante que todavía no reunía los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para gozar de la pensión de vejez, comenzó a disfrutar de una pensión, hasta tanto el ISS le reconociera la que por ley tenía derecho. Es decir, en vez de tener que esperar a completar la edad trabajando, la empresa le dio la oportunidad al actor de recibir la mesada anticipadamente; dicho de otro modo, la ganancia para el trabajador consistió en obtener una pensión por varios años antes, que, de no haberse celebrado el acuerdo en cuestión, no la habría podido comenzar a disfrutar, y esto se dio sin perjuicio de su derecho legal a la pensión de vejez.

Sea lo oportunidad para reiterar, en aras de la función unificadora de la jurisprudencia que tiene a cargo esta Corte, que **las figuras de compartibilidad y compatibilidad** posible entre la pensión por cuenta del empleador y la del ISS regulada por el artículo 18 el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de 1990, **no aplican para las pensiones voluntarias de carácter temporal**, ver en este sentido, las sentencias precitadas, cuyo pasaje pertinente de la primera se transcribe enseguida:

...tal regulación está hecha para el evento en que tales pensiones tengan la posibilidad de concurrencia, la cual se ha de descartar

de plano, por obvias razones, si la pensión asumida por el empleador es de carácter temporal hasta tanto se otorgue la del ISS. El texto de la citada disposición es como sigue:

[...] El documento muestra que la empleadora no tuvo la intención de compartir la pensión que voluntariamente reconoció al extrabajador con la que el ISS le otorgaría en el futuro, sin que por otra parte exista en el expediente medio de convicción alguno que permita suponer que el actor hubiera aceptado el ofrecimiento de la pensión voluntaria que le hizo su empleador en el entendimiento de que una vez que el Seguro Social le reconociera la pensión de vejez, la empresa debía continuar pagándole la diferencia entre una y otra.

[...] La circunstancia de que al contestar la demanda Textiles El Cedro haya reconocido que la pensión le fue dada al actor 'como una compensación o bonificación' (folio 47) no significa que hubiera sido su intención la de otorgar la prestación de manera vitalicia o indefinida, pues allí mismo la demandada precisa que esa jubilación 'voluntaria y temporal' obedeció a una 'mera liberalidad'.

Si a juicio del Tribunal los hechos del proceso determinaban que el riesgo de vejez del actor había sido asumido en su integridad por el ISS, tampoco resulta equivocada su conclusión en el sentido de que, de conformidad con los reglamentos del Seguro Social, no se trataba en este caso de una pensión jubilatoria compartida.

Por lo demás, la situación fáctica del proceso no encaja dentro de las previsiones del parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 del Instituto de Seguros Sociales.

En efecto:

La regla general que contempla el citado artículo se refiere a la compartibilidad de la pensión asumida por el empleador con la que posteriormente otorga el ISS, de modo que al conceder la entidad de Previsión Social la pensión de vejez el patrono deba pagar la diferencia, si la hubiere, entre la jubilación que venía cancelando a su extrabajador y la reconocida por el Seguro Social.

En cambio, el parágrafo de la disposición regula una hipótesis diferente cual es la de permitir la coexistencia de las dos pensiones, la que venía pagando el empleador y la que reconoce el Seguro, cuando se haya dispuesto expresamente que la pensión a cargo del patrono no sea compartida con la del Instituto de los Seguros Sociales".

En otro asunto de contornos similares, es decir de pensión voluntaria temporal por cuenta del empleador, igualmente de cara a la compartibilidad con la pensión a cargo del ISS se sostuvo por esta Sala de Casación:

"Aunque el Tribunal transcribió en lo pertinente este mismo documento y concluyó de ésta y otras pruebas cuya valoración no discute la recurrente, que ella no tenía obligación legal de

otorgar la pensión de jubilación y con ese entendimiento dedujo que su reconocimiento 'fue un acto voluntario y como tal esta es la naturaleza de la pensión reconocida' (folio 254), es indudable que se equivocó al desconocer que [...] no reconoció la pensión en forma vitalicia sino temporal y sujeta a que la demandante cumpliera 55 años de edad, fecha para la cual la asumiría el Instituto de Seguros Sociales y ella quedaría 'completamente exonerada de dicha obligación', según lo expresa textualmente el documento.

La circunstancia de que el artículo 5° del Acuerdo 29 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, norma vigente para la época en que [el empleador] otorgó la pensión, hubiera establecido la compartibilidad de las pensiones de jubilación que los patronos afiliados al Instituto de Seguros Sociales otorgaran a sus trabajadores por virtud de una convención o un pacto colectivo de trabajo, un laudo arbitral o voluntariamente, con la obligación de continuar cotizando para el riesgo de vejez hasta cuando los asegurados cumplieran los requisitos para la pensión de vejez y a pagar en ese momento el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión que venía pagando y la que reconoce la entidad de previsión social, **no significa que lo allí dispuesto se aplicara a las pensiones voluntarias sujetas a condición resolutoria, pues cumplida ésta es forzoso entender que extingue la obligación del patrono**, como ocurrió con la otorgada por la recurrente en este caso, en el que, según lo tuvo por probado el fallo, voluntaria y unilateralmente concedió la pensión a su entonces trabajadora, con la expresa e inequívoca manifestación de extinguirse la obligación pensional una vez el Instituto de Seguros Sociales le reconociera la pensión de vejez que legalmente le correspondiera.

En estas condiciones resulta un desatino admitir que la pensión que venía pagando [el empleador] fue concedida por un acto voluntario y, al mismo tiempo, desconocer la condición que impuso para extinguir su obligación de pagarla; condición que, como lo reconoce el mismo Tribunal, se cumplió cuando el Instituto de Seguros Sociales comenzó a pagarle a... Osorio Cardona la pensión de vejez el 1° de febrero de 1992, por no tratarse de una condición resolutoria de las que deben entenderse por no escritas, al tenor de lo previsto en el artículo 1537 del Código Civil, por ser "imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral".

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) Benjamín Pachón Cortés nació el 05 de diciembre de 1951, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 4.

- ii) El 20 de diciembre de 1996 se celebró audiencia de conciliación entre el actor y el Banco Central Hipotecario, en la que se pactó la terminación unilateral del contrato de trabajo celebrado entre las partes, así como que se reconocería una pensión por valor de \$494.318,55; que se trata de una pensión temporal y voluntaria, sin que se genere diferencia alguna en caso de reconocimiento pensional por parte del I.S.S.; y que durante la vigencia de la pensión de vejez temporal y sólo hasta que el I.S.S. asuma el riesgo, el pensionado gozará de los mismos beneficios que la Caja de Previsión Social reconoce a los pensionados directos de la entidad (fls. 6 a 9).
- iii) A través de la Resolución 0324 de 2004, el I.S.S. asumió las obligaciones pensionales que estaban a cargo del Banco Central Hipotecario en Liquidación, aceptando la conmutación pensional la que es de carácter temporal (fls. 15 a 17).
- iv) Mediante la Resolución 046244 de 2011 se reconoció pensión de vejez al actor por parte del I.S.S., de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 05 de diciembre de 2011 (fls. 15 a 17)
- v) El 05 de junio de 2019 el actor solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de su mesada catorce, la que fue negada el día siguiente con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2005 (fls.11, 14 y 15).

Pues bien, efectuado el análisis de rigor se encuentra que la pensión de jubilación reconocida al demandante fue de carácter voluntario y que tendría vigencia hasta que hasta que el I.S.S. asumiera el riesgo pensional, por lo que, bajo tal entendimiento, la Sala no considera viable la posibilidad de hablar de compartibilidad, puesto que se está frente a una pensión voluntaria y de carácter eminentemente temporal.

En efecto, se observa que la voluntad de las partes fue expresa e inequívoca al momento de celebrar el acuerdo conciliatorio del 20 de diciembre de 2006, al pactar que la prestación pensional se extinguiría una vez el Instituto de Seguros Sociales le reconociera la pensión de vejez que legalmente le correspondiera, por lo que, no es dable acceder a la mesada catorce con fundamento en que estamos frente a un mayor valor que debía asumir el empleador.

Al respecto resulta preciso resaltar que, si bien en el presente caso, el Banco Central Hipotecario conmutó la prestación, figura que se define como una medida de contingencia ante «*situaciones excepcionales de crisis de las empresas*», que pretende salvaguardar el pago de las pensiones de jubilación, en virtud de la cual se autoriza el traslado de la responsabilidad de pago del empleador al Instituto de Seguros Sociales, a una compañía de seguros o a una administradora de fondos de pensiones; lo cierto es que ese traslado y asunción del pago por parte de la Administradora de Pensiones supone la permanencia de las condiciones con que fue reconocida la prestación por el empleador (sentencias del 30 de abril de 2013, rad. 42943, reiterada en la SL4951-2016 y SL1635-2018), condiciones que en el presente caso, como se ha dicho reiteradamente, fueron de carácter “temporal” y hasta tanto fuera reconocida la pensión del I.S.S.

Así las cosas, y dado que no es posible considerar como compatible la pensión reconocida por el Banco Central Hipotecario con la del I.S.S., no es dable acceder a la mesada catorce requerida.

Por otra parte, y en relación la pensión de vejez reconocida por el extinto I.S.S., tenemos que esta prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, puesto que el accionante nació el 05 de diciembre de 2011, por lo que en virtud de lo dispuesto en el inciso 8° y el parágrafo transitorio 6° del Acto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00473 -01
Demandante: **BENJAMÍN PACHÓN CORTÉS.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Legislativo 01 de 2005, por esta vía tampoco es dable reconocer la mesada catorce.

Por lo brevemente expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en esta providencia.

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

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

Los Magistrados,



ADEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00473 -01

Demandante: **BENJAMÍN PACHÓN CORTÉS.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2018-00545 -02

Demandante: **JESSICA DANIELA VARGAS VARGAS.**

Demandado: **DJ GAS LTDA. Y GAS NATURAL S.A. E.S.P.**

Feb.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **JESSICA DANIELA VARGAS VARGAS** promoviese contra **DJ GAS LTDA. y GAS NATURAL S.A. E.S.P.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

El demandante pretende la declaratoria de dos contratos de trabajo con **DJ GAS LTDA.**, el primero, del 05 de diciembre de

2016 al 11 de agosto de 2017, y el segundo, del 19 de febrero al 05 de marzo de 2018; y que las demandadas deben responder en solidaridad de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, salario de la segunda vinculación laboral, e intereses moratorios.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** Fue vinculada verbalmente por DJ GAS LTDA. para desempeñar el cargo de Asistente Administrativo, a partir del 05 de diciembre de 2016; **2)** Devengaba \$870.000; **3)** Devengaba el salario mínimo más horas extras; ; **4)** Cumplía horario de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. de lunes a viernes, y los sábados de 8:00 A.M. a 12:00 M.; **5)** La relación laboral terminó el 11 de agosto de 2017 de mutuo acuerdo entre las partes; **6)** Fue contratada nuevamente el 19 de febrero de 2018 para desempeñar las labores de Asistente Administrativa; **7)** Cumplió el mismo horario de trabajo que la primera vinculación, empero, devengaba \$1'100.000; **8)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; **9)** Ante la falta de pago de sus prestaciones sociales decidió terminar unilateralmente la relación el 19 de febrero de 2018; **10)** DJ GAS LTDA. y GAS NATURAL S.A. E.S.P. suscribieron el convenio No. 100397 con la finalidad de establecer un esquema de colaboración que simultáneamente favorezca la extensión del servicio de gas en el Distrito Capital, Soacha, y Sibaté, a la vez que facilite el incremento de negocios relacionados con la realización de instalaciones internas, venta de artefactos de gas, y demás valores agregados; y **11)** GAS NATURAL S.A. E.S.P se veía beneficiada de las actividades que desarrolló DJ GAS LTDA.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. REFORMA A LA DEMANDA (fl.96).

Se presentó reforma de la demanda únicamente en el sentido de adicionar los testimonios solicitados en la demanda.

2.2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

DJ GAS LTDA. (fls. 111 a 117), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, genérica.

Indicó que con la accionante se presentaron contratos de prestación de servicios del 05 de diciembre de 2016 al 11 de agosto de 2017, y del 19 de febrero de 2018 al 05 de marzo de 2018, por lo que no era necesario que este se ejecutara de forma personal, con el cumplimiento de horarios, ni el reconocimiento de salarios al reconocerse honorarios; y que la accionante ejecutaba sus labores de manera esporádica. Aceptó que para la segunda contratación, la actora devengó \$1'000.000; que esta hizo entrega de su cargo.

Aceptó que celebró un convenio con **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, con la finalidad de establecer un esquema de colaboración que simultáneamente favoreciera la extensión del servicio de gas en el Distrito Capital, Soacha, y Sibaté, a la vez que facilitara el incremento de negocios relacionados con la realización de instalaciones internas, venta de artefactos de gas, y demás valores agregados.

Por su parte, **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** (fls. 145 a 160), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción, buena fe, compensación, y la genérica.

Negó todos los hechos. Adujo que celebró con **DJ GAS LTDA.** un convenio de colaboración comercial e inscripción de firmas instaladoras; que el anterior convenio no le genera ningún tipo de remuneración, pues lo que existe es una alianza comercial, pues la instalación interna y de artefactos de gas le implica un incremento de clientes, y por ende, del consumo de gas; que no se dedica a hacer instalaciones internas ni de artefactos de gas; que la demandante realizaba actividades secretarias, por lo que, no es dable establecer que desarrollaba el objeto social de esta demandada; y que de existir contrato de trabajo con la demandante, este sería únicamente con **DJ GAS LTDA.**, puesto que la actora nunca le prestó servicios ni fue objeto de subordinación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y DJ GAS LTDA, existieron dos relaciones laborales, la primera, del 05 de diciembre de 2016 al 11 de agosto de 2017, y la segunda, del 19 de febrero de 2018 al 5 de marzo de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a D J GAS LTDA. y solidariamente a GAS NATURAL S.A. ESP por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a PAGAR a favor de la actora las siguientes cantidades:

1. Por concepto de CESANTÍAS la suma de \$547.977
2. Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS \$65.757
3. Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS \$547.977
4. Por concepto de VACACIONES \$275.664

Demandante: **JESSICA DANIELA VARGAS VARGAS.**

Demandado: **DJ GAS LTDA. Y GAS NATURAL S.A. E.S.P.**

TERCERO: CONDENAR a DJ GAS LTDA y solidariamente a GAS NATURAL S.A. ESP, al pago de la indemnización moratoria correspondiente a la relación laboral, esto es un día de salario correspondiente a la suma de \$24.590 diarios por cada día de mora desde el 06 de marzo de 2018 y hasta cuando se acredite el pago de las prestaciones adeudadas.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la demandada. Por secretaria liquidense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada una de las demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a DJ GAS LTDA y GAS NATURAL S.A. ESP de las demás pretensiones incoadas por la demandante en su contra.

Para fundamentar su decisión, el A Quo en síntesis, se valió de los testimonios practicados para concluir que la accionante laboró para **DJ GAS LTDA.**, en dos periodos del 05 de diciembre de 2016 al 11 de agosto de 2017, y del 19 de febrero de 2018 al 5 de marzo de 2018; que lo anterior fue admitido en la contestación de la demanda pese a que no se acepta el vínculo laboral; que ante falta de prueba, se debe tener como salario el mínimo legal mensual vigente para el primer contrato, y de \$1'000.000 frente al segundo contrato, pues así se aceptó en la contestación de la demanda; y que ante la falta de prueba del pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y el salario de la segunda vinculación, hay lugar a su reconocimiento.

Indicó que ante la falta de pago de las obligaciones laborales por parte del empleador, sin justificación alguna, se debe reconocer indemnización moratoria; y que dentro de la indemnización moratoria están incluidos los intereses moratorios, por lo que no hay lugar a estos.

En último término, expuso que **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, es solidariamente responsable de las condenas impuestas a **DJ GAS LTDA.**, ya que, entre ellas celebraron un convenio que tenía por objeto lograr la extensión en la prestación del servicio de gas natural, a la par que facilitara el incremento de las instalaciones internas, y venta de artefactos a gas; que las anteriores labores, las podía desarrollar **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, pues hacían

parte de su objeto social, pues este versa sobre la atención de cualquier necesidad energética.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

DJ GAS LTDA.

Manifestó que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios que constaba por escrito, vinculación con la que estuvo de acuerdo la demandante, tan es así que elaboraba sus cuentas de cobro; y que no hay lugar a declarar la solidaridad, ya que, no se está frente a la prestación del servicio de gas, sino de un tema eminentemente crediticio.

GAS NATURAL S.A. E.S.P.

Expuso que no se cumplió con la carga de la actora de demostrar la existencia de una relación laboral, y que por el contrario, sí se ha acreditado la vinculación en los términos expuestos por **DJ GAS LTDA.**

Concluyó expresando que, no se cumplen los requisitos del artículo 34 del C.S.T. para declarar la solidaridad, pues se celebró un convenio comercial que se aleja de lo establecido en la norma en cita, como quiera que no se contrató una obra, no fue beneficiaria de esta, no se valió de los servicios de ningún trabajador de **DJ LTDA.**, y los servicios desarrollados por la actora no se asemejan a los de **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**; y que aunado a lo anterior, los objetos sociales de ambas empresas son muy distintos, puesto que el objeto social de **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** no incluye la instalaciones internas ni contrata a ninguna empresa para que lo realice.

Finalizó manifestando que no hay lugar a indemnización moratoria, en la medida que no hubo un contrato, solidaridad, y no se evidencia mala fe por parte de **DJ GAS LTDA.**, pues actuó

bajo la convicción de estar en un contrato de prestación de servicios, tan es así que la actora nunca señaló inconformidad; y que en la indemnización moratoria se debió reconocer a partir del mes 25, intereses moratorios.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver**, se circunscriben a determinar; **i)** si entre el actor y la sociedad DJ GAS LTDA. existió una relación laboral; **ii)** si hay lugar a la condena a la indemnización moratoria del art 65 del C.S.T., y de ser ello así a partir de qué momento debe reconocerse y **iii)** si **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, es solidariamente responsable de las condenas impuestas a **DJ GAS LTDA.**

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

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

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

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

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

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

sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

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

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

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

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

De la solidaridad del beneficiario de la obra

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal

tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante. En efecto, el artículo 34 del C.S.T. establece sobre la materia:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.

Sobre el tópico la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia ha abordado en múltiples oportunidades el análisis de la regla contenida en el artículo 34 del C.S.T., señalando la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según la citada disposición no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor. Así lo indicó en sentencia SL3014-2019 reiterada en la SL3111-2021:

“[...] resulta pertinente traer a colación, lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017, en donde reiteró lo dicho en la SL, 2 jun. 2009, rad. 33082:

“Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste.** Y desde luego, **en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador,** de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”. (Negrillas fuera del texto original)”

VII. DEL CASO EN CONCRETO.

No son objeto de controversia los hechos relativos a la prestación personal del servicio de la demandante para la sociedad DJ GAS LTDA; los extremos temporales de cada uno de los vínculos aquí discutidos; el valor pactado por las partes para el desarrollo del primer vínculo contractual por valor de \$737.717 (fls. 124 y 125), para el segundo contrato por valor de \$1.000.000 (hecho aceptado en la contestación de la demanda); la presentación por parte de la demandante de cuentas de cobro hasta el periodo del 01 a 11 de agosto de 2017, última fecha en la que se reconocieron los correspondientes horarios (fls. 126 a 142); y finalmente la existencia del convenio de asociación I30097 celebrado el 02 de agosto de 2013, entre las sociedades GAS NATURAL S.A. y DJ GAS LTDA. que tuvo por objeto *“establecer un esquema de colaboración que simultáneamente favorezca la extensión del servicio de gas en el Distrito Capital, Soacha, Sibaté, a la vez que facilite a la INSTALADORA el incremento de negocios relacionados con la realización de instalaciones internas, ventas de artefactos a gas y demás valores agregados definidos por GN S.A. y/o GNS a los potenciales y actuales usuarios del servicio público de domiciliario de distribución de gas combustible por red de tubería”* (fls. 29 a 50).

Pues bien. Al proceso, además de la documental se incorporaron los testimonios de los señores **Iván Camilo Sierra Cortes, William Yesid Suarez Ramos, Nelson Ernesto Jiménez Cifuentes, y Claudia Patricia Balanta Riveros**, declaraciones de las que se extracta lo siguiente:

Iván Camilo Sierra Cortes, dijo que trabajó para **DJ GAS LTDA.**, por espacio de dos meses en el año 2018, realizando funciones de Técnico, haciendo reparaciones y mantenimiento; que no recuerda la fecha exacta en la que efectuó la prestación del servicio; que la actora entró a trabajar en DJ GAS LTDA., en el 2016, lo que le consta porque habla de manera constante con ella; que la actora era secretaria; que las funciones que la demandante eran las de asignar las rutas a los técnicos, la papelería, atender clientes, y otras cosas generales en la oficina; que la actora cumplía un horario de trabajo de 7:00 A.M. a 5:00 P.M. o 6:00 P.M.; que los reportes de la documentación de DJ GAS LTDA, los diligenciaban los técnicos, quienes se lo llevaban a la actora, quien se encargaba de llenar la parte administrativa y de radicarlos a GAS NATURAL S.A. E.S.P.; que Diego, el representante legal de la demandada, junto con su esposa, era quien le daba las órdenes a la actora; que cada dos o tres días iba donde estaba la demandante a entregar la papelería, puesto que eso dependía del tamaño de trabajo que se tuviera; y que iba en la mañana o en la tarde a entregar la documentación, y siempre se encontraba con la accionante.

Por su parte, **William Yesid Suarez Ramos** manifestó que trabajó con DJ GAS LTDA., del 2016 al 2017 como técnico de gas; que la actora era la secretaria; que la actora tenía que asignar rutas, papeles, radicar papeles, y hacer vueltas de la empresa; que los papeles que la accionante radicaba eran los de las ventas que se hacían a los clientes; que las vueltas era ir hasta la oficina de GAS NATURAL S.A. E.S.P. a radicar los papeles y volver a la oficina; que el horario de la actora era de 8:00 A.M a 5:00 P.M.; que las órdenes se las daba a la actora, Diego y su esposa; que

la actora llevaba los documentos a galerías que era donde estaba la recepción del back office de GAS NATURAL S.A. E.S.P, pero que luego tal sede, la trasladaron para las Calle 72 con carrera 11; que DJ GAS LTDA. era intermediario de GAS NATURAL S.A. E.S.P.; que para que les pagaran a los técnicos tenían que radicar papeles en DJ GAS LTDA., para que esta radicara los papales en el back office de GAS NATURAL S.A. E.S.P.; que GAS NATURAL S.A. tenía a sus órdenes a DJ GAS LTDA., y le pagaba por eso; que lo que se veía es que la actora iba una o dos veces a la semana al back office, pero que podía ser todos los días, si había mucho trabajo; que iba a las oficinas a las 8:00 A.M. o 9:00 A.M., lo que dependía de si tenía que hacer un mantenimiento o un trabajo al día siguiente, y llegaba a medio día para entregar los papales o por la tarde si por la mañana no había mucho trabajo; que duraba en las oficinas como media hora, o una hora, y la actora era la que recibía la documentación; y que la actora estaba todos los días porque tocaba llamar a la oficina, y era ella quien contestaba, aunado a que siempre que iba, ella estaba ahí.

Finalmente, **Nelson Ernesto Jiménez Cifuentes** expresó que trabajó de con DJ GAS LTDA., en 2016, y luego en 2017; que la actora era la Secretaria y la que les recibía los documentos; que la actora entró a trabajar en febrero de 2016; que la actora se fue y volvió, regresando como el 17 o 20 de febrero; que la demandante recibía la documentación, “nos enrutaba”, iba a GAS NATURAL S.A. E.S.P. a radicar los papeles que le daban; que Diego era el jefe inmediato de la actora; que el horario de la actora era de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., pero en ocasiones se quedaba un poco más tarde porque tenían que organizar papelería; que todos los días iba a la oficina porque tocaba entregar y recoger papelería; que en el día, iba a las 7:00 A.M., y que en las horas de la tarde volvía para entregar lo que se había hecho, o incluso al otro día; que cuando llamaba a la oficina por un requerimiento de algún cliente, la actora era quien ayudaba, era la única que podíamos contactar para eso.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas incorporadas al proceso, para la Sala resulta acertada la decisión de la A Quo de tener por probado el elemento de la prestación personal del servicio, puesto que se encuentra acreditado, especialmente con el contrato de prestación de servicios y con los testimonios de Iván Camilo Sierra Cortes, William Yesid Suarez Ramos, Nelson Ernesto Jiménez Cifuentes, que la actora prestó un servicio a favor de DJ GAS LTDA. como secretaria; y que sus funciones eran las de asignar las rutas de los técnicos, atender clientes, recibir y llevar la papelería a GAS NATURAL S.A. E.S.P. esto es, la documentación que llevaban los técnicos de las ventas que realizaron en la prestación de sus servicios.

Igualmente, de **interrogatorio de parte del representante legal de DJ GAS LTDA.** se logra establecer que a la demandante se le dio la oportunidad de que les ayudara en la oficina; que la actora contestaba el teléfono y ayudaba a llenar algunos documentos para GAS NATURAL S.A. E.S.P.; que la accionante tenía un escritorio y compartía un computador porque la empresa era muy pequeña; que la accionante en el sistema llenaba unos formatos; y que le pedían el favor que hiciera lo que se fuera presentando en el día.

Así las cosas, le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación, no obstante, se encuentra que la accionante no gozaba de la autonomía e independencia que es característica del servicio efectuado por un contratista por prestación de servicios, puesto que estaba sometida a un horario de trabajo de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., y recibía órdenes del señor Diego José Higuera Marín y de su esposa, sin que argumentos como los esbozados en la apelación relativos a que se suscribieron por escrito contratos de prestación de servicios de los cuales estaba consiente la demandante y que además ella misma presentaba las cuentas de cobro se reputen argumentos válidos o de peso jurídico que logren demeritar la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo, al evidenciarse que la

realidad de la contratación es que la demandante estaba sujeta a órdenes de sus superiores.

Adicionalmente, del **interrogatorio de parte de la demandante** no se logra extraer elementos que pudieran cuenta que su labor no fue su subordinada, pues su dicho estuvo encaminado a establecer que cumplía un horario de trabajo, y que tuvo únicamente permisos esporádicos; y que era la encargada de llevar y verificar en el sistema la programación que enviaba GAS NATURAL LTDA., la que llamaba a los clientes, verificaba las citas, asignaba las rutas a los técnicos, daba la documentación para que llevaran los documentos al cliente, y atendía al público y técnicos, entre otras; que tuvo permisos esporádicos, pero siempre cumplía mi horario laboral porque yo estudiaba en la noche.

Por lo anterior, considera la Sala que se encuentran demostrados los elementos propios de un contrato de trabajo, por lo que tal determinación del juez de primera instancia se **CONFIRMARÁ.**

De la solidaridad del beneficiario de la obra

Sentado lo anterior, procede la Sala a verificar si las labores que realizó la demandante para su empleador eran extrañas al giro normal u ordinario de los negocios de **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, frente a lo que se observa que el cargo que desempeñó fue de secretaria, cuyas funciones eran las de asignar las rutas de los técnicos, atender clientes, recibir y llevar la papelería a **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, esto es, la documentación que llevaran los técnicos de la ventas que realizaron en la prestación de sus servicios.

Por su parte, **Claudia Patricia Balanta Riveros** expuso que labora para GAS NATURAL S.A. E.S.P. (hoy Vanti); que conoció el convenio que se celebró con DJ GAS LTDA., el que consistía en

una alianza comercial que tenía como fin que la firma negociara con el cliente y diligenciara los documentos, y los radicara en Vanti para facilitarle el pago al cliente a través de una factura de consumo de gas; que el documento que se radica es como una compra de pagare; que dentro de ese convenio, Vanti no le impartía órdenes a DJ GAS LTDA., pues este sólo era de tipo comercial, para darle el servicio al cliente, como instalación o compra de algún artefacto; que la relación se limitaba a la compra de cartera; que Vanti no realiza instalaciones internas de gas domiciliario; que lo que hizo fue hacer la compra de cartera para facilitarle al cliente el pago de esa factura; que Vanti no hace instalación de artefactos internos; que Vanti sólo recibía los documentos, hace el seguimiento del cliente, y de que éste tenga el servicio, lo que se efectúa a través del sistema; que en el convenio comercial se hace la exigencia de un computador con unas especificaciones, porque DJ GAS LTDA. debía ingresar a un sistema integral de ventas para subir los datos de los clientes; que DJ GAS LTDA. es el que contacta al cliente y hace la instalación interna de artefactos; que Vanti es distribuidora, y las firmas como DJ GAS LTDA. hacen lo interno, puesto que únicamente su rol es la de recibir los documentos.

Pues bien, para dilucidar el asunto sometido análisis se tiene que, conforme a certificado de existencia y representación legal obrante a folios 13 a 22, el objeto social de **GAS NATURAL S.A. E.S.P.**, es el siguiente:

"la atención de cualquier tipo de necesidad energética de sus clientes actuales y potenciales. Para tal efecto, llevará a cabo las actividades de exploración, producción, generación, transporte y/o transmisión, distribución, y comercialización de cualquier tipo de energía, en cualquier forma o estado, así como la ejecución de actividades afines, conexas, y/o complementarias, tanto a nivel nacional o internacional. En cumplimiento de su objeto social GAS NATURAL S.A., ESP desarrollará las siguientes actividades: (...) E) La ejecución, directa o indirectamente, a través de contratistas o subcontratistas, de la labor de inspección y/o interventoría, y certificación de gasoductos, estaciones de regulación, medición o comprensión, redes de distribución e instalaciones internas de los clientes residenciales, comerciales, industriales, acorde con la normativa vigente; G) La ejecución, directa o indirectamente, a

través de contratistas y/o subcontratistas, de la labor de inspección, prueba, y certificación de equipos de medición de gas y de cualquier tipo de energía, así como para la medición de presión de presión y temperatura acorde con la normativa vigente; H) El procesamiento, fabricación, ensamblaje, compra, venta, importación, exportación, comercialización y financiamiento de elementos, materiales y equipos relacionados con la exploración, producción, generación, transporte y/o transmisión, distribución y comercialización de toda clase de energía, incluyendo pero sin limitarse a gases combustibles (...); K) La fijación, liquidación, facturación y recaudo de las tarifas por sus servicios, y la fijación de la forma y el precio del pago por los bienes, obras, y servicios accesorios a estos; (...) Q) La promoción y celebración de todo tipo de acuerdos; contratos o asociaciones impulsado por gas natural vehicular y, en general, todos aquellos proyectos que puedan desarrollar con la infraestructura de gas y/o cualquier tipo de energía o que sea de intereses para la expansión y venta de gases combustibles y/o de cualquier tipo de energía”.

De otro lado, se tiene que el objeto social de la empresa **DJ GAS LTDA.**, es *“la prestación de servicios en el país de instalación, construcción, inspección, montaje, y mantenimiento interno de gas natural en conjuntos y casas”* (fls. 13 a 22).

Luego, en el punto también resulta atinada la decisión del A Quo, al irradiar condena por concepto de solidaridad a cargo de GAS NATURAL S.A. E.S.P., pues pese a que la declaración de Claudia Patricia Balanta Riveros está encaminada a establecer que GAS NATURAL S.A. E.S.P. no realiza ninguna de las actividades que delegó en DJ GAS LTDA., es claro que dentro de las actividades normales de su giro social está la atención de cualquier tipo de necesidad energética de sus clientes actuales; que puede ejecutar directamente la labor de inspección y/o interventoría de las redes de distribución e instalaciones internas de los clientes residenciales, comerciales, industriales; y que puede celebrar todo tipo de acuerdos, contratos o asociaciones que permitan la expansión y venta de gases combustibles y/o de cualquier tipo de energía; por lo que, en tal sentido las funciones que desarrollaba DJ GAS LTDA. y que fueron pactadas a través del convenio de asociación I30097, esto es, *“establecer un esquema de colaboración que simultáneamente favorezca la extensión del servicio de gas en el Distrito Capital, Soacha, Sibaté,*

a la vez que facilite a la INSTALADORA el incremento de negocios relacionados con la realización de instalaciones internas, ventas de artefactos a gas y demás valores agregados definidos por GN S.A. y/o GNS a los potenciales y actuales usuarios del servicio público de domiciliario de distribución de gas combustible por red de tubería”, las podía realizar directamente GAS NATURAL S.A. E.S.P.

En este punto se aclara que, si bien es claro que las funciones que realizaba la demandante no eran de comercialización del servicio de gas, no es menos cierto que dichas funciones, pese a ser de carácter administrativo permitían el desarrollo del objeto social de DJ GAS LTDA., nótese como era la persona encargada de supervisar a los técnicos, recibía la documentación que se remitía a GAS NATURAL S.A. E.S.P., y era la persona que entablaba los diferentes canales de comunicación con esta última, ya fuera a través del sistema que dicha entidad exigía o llevando a las instalaciones de ésta la correspondiente documentación, circunstancia que logra enmarcarse en lo que en el objeto social de GAS NATURAL S.A. E.S.P. se denomina “**la atención de cualquier tipo de necesidad energética de sus clientes actuales y potenciales. Para tal efecto, llevará a cabo las actividades de exploración, producción, generación, transporte y/o transmisión, distribución, y comercialización de cualquier tipo de energía, en cualquier forma o estado, así como la ejecución de actividades afines, conexas, y/o complementarias, tanto a nivel nacional o internacional**” (Negrillas por la Sala).

De la indemnización moratoria.

Esta se encuentra consagrada en el artículo 65 del C.S.T. y se impone al empleador que omite el pago de salarios y prestaciones sociales.

La máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias,

como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509** y la **SL1005-2021**).

Dicho lo anterior, al descender al caso concreto se observa que el Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo y ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, accediendo a reconocer la sanción moratoria, tras considerar desprovisto de buena fe el actuar del empleador, decisión que la Sala comparte, por cuanto las pruebas militantes en las diligencias permiten concluir que el empleador pese a vincular a la accionante mediante un contrato de prestación de servicios, le impartió órdenes, le fijó horario de trabajo y le concedía permisos, circunstancias ajenas al desenvolvimiento propio de un contrato de naturaleza civil, caracterizado por el autocontrol e independencia del contratista en la ejecución del servicio, aunado al hecho no menor de que la demandante no ejerció ninguna profesión liberal pues fungió como secretaria, hechos todos estos que permiten afirmar que el empleador se valió de una figura de contratación distinta a la realmente ejecutada para evadir obligaciones laborales, razones por las cuales no es dable desprender buena fe del mismo en la ejecución del contrato.

Así las cosas, se considera acertada tal condena, así como que se reconozca un día de salario por cada día de retardo, sin la imposición de intereses moratorios, puesto que la indemnización moratoria se estableció teniendo en cuenta el salario mínimo del año 2017, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 65 del C.S.T.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en reiterada y pacífica jurisprudencia, (entre muchas otras sentencias, 06 de mayo de 2010, rad. 36577; 03 de mayo de 2011, rad. 38177, y 25 de julio de 2012, rad. 46385, reiteradas en la SL2805-2020), que la intención del legislador con el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, para **aquellos trabajadores que percibieran una asignación mensual superior al salario mínimo legal**, siempre y cuando interpusieran la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios, a partir del finiquito contractual.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

VIII. DECISIÓN

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

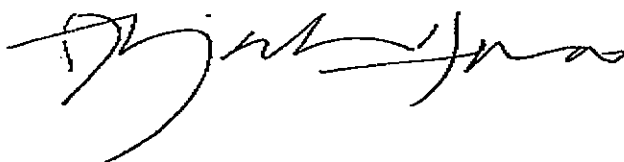
R E S U E L V E

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

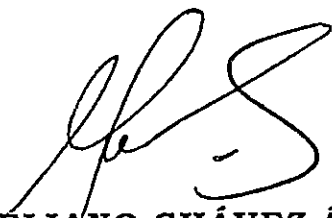
SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

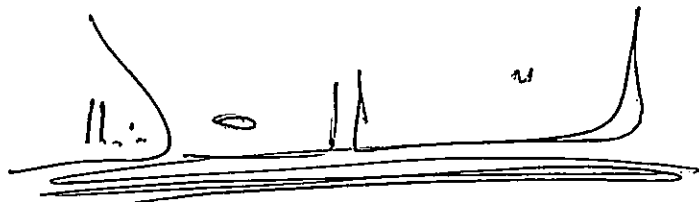
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA** promoviese contra **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende de manera **principal**, la declaratoria de una sustitución patronal

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

entre **JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN** (ver requisitos de subsanación de la demanda fls 75 y 92) y **TODOGRIPOS S.A.S.**; que al momento de su despido se encontraba en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud; y que los demandados son solidariamente responsables. Como consecuencia de lo anterior, se aspira al reintegro de la demandante al cargo, junto con el reconocimiento y pago de salarios, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones, dejados de percibir desde la terminación del contrato de trabajo hasta su reintegro; indemnización por no pago de intereses a las cesantías; sanción por no consignación de las cesantías; indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; e indexación.

Subsidiariamente, se pretende la indemnización por despido sin justa causa, por no haberse renovado automáticamente el contrato de trabajo ante la falta de preaviso.

1.2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones la activa narró que:

- 1) El 01 de mayo de 2016, suscribió un contrato de trabajo con **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**, para desempeñar funciones de atención al público;
- 2) En agosto de 2016 comenzó a presentar dolores en sus huesos, estableciéndose en enero de 2017 que padecía de un tumor de comportamiento incierto o desconocido de la pelvis renal;
- 3) El 31 de marzo de 2017 le fue entregada carta de terminación del contrato de trabajo;
- 4) El 04 de abril de 2017, le manifiesta a su empleador que la terminación de su vínculo es por su estado de salud, por lo que, se le da continuidad a su relación laboral;
- 5) El 02 de mayo de 2017 se entrega una nueva carta de terminación del contrato de trabajo, no obstante, no se hizo con 30 días de preaviso;
- 6) Le fue descontado de su liquidación final de prestaciones sociales \$170.400 por concepto de vidrios vitrina y auxilio de transporte;
- 7) Mediante sentencia de tutela del 02 de agosto de 2017 se ordenó su reintegro al cargo,

no obstante, nunca se dio cumplimiento a tal orden judicial; 8) El 17 de agosto de 2017 se constituye la persona jurídica **TODOGRIFOS S.A.S.**; 9) El 25 de agosto de 2017 se inscribió cuenta final de liquidación de la sociedad **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**; 10) Los accionistas de **TODOGRIFOS S.A.S.**, son **JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO**, y tienen el mismo objeto social que **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**; y 11) El 04 de febrero de 2019 elevó solicitud ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez con miras a obtener su porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA

TODOGRIFOS S.A.S. y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO (fls.98 a 113), se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominaron inexistencia de la relación contractual laboral, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe, y la innominada o genérica.

Expusieron que la empresa fue creada el 17 de agosto de 2017, motivo por el que no pudo tener una relación laboral con la demandante entre el 01 de mayo de 2016 y el 02 de mayo de 2017; y que no existió relación jurídica de ningún tipo con el señor **JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN** para establecer que hubo una sustitución de empleadores.

Por su parte, **JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN** (fls. 123 a 139), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la relación contractual laboral, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe, y la innominada o genérica.

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIFOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

Aceptó ser cierta la existencia de un contrato de trabajo, la modalidad elegida, el plazo o término del mismo, el inicio de la vigencia contractual, el oficio para el cual fue contratada la demandante, la fecha de la misiva de aviso de no renovación del contrato de trabajo, los descuentos efectuados de la liquidación final del contrato de trabajo, aceptó tener conocimiento de la condición de salud de la demandante, la orden de reintegro vía acción de tutela en favor de la demandante, la liquidación de la empresa empleadora, y que la sociedad liquidada (SURTIGRIFOS SAS) y la nueva empresa constituida, (TODOGRIFOS SAS) tienen la misma dirección del establecimiento comercial.

En su defensa señaló que no se cumplen los presupuestos para que entre las partes se establezca una sustitución patronal, dado que no existe relación jurídica entre las demandadas; y que el contrato de trabajo la actora lo celebró con **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**

Adujo que la terminación del vínculo de la accionante se debió a los reiterados memorandos que hubo en la prestación de sus servicios, ya que el 19 de octubre de 2016 apareció en su puesto de trabajo un dinero sin soporte de venta, el 03 de noviembre de 2016 perdió una venta por no seguir con los protocolos de la empresa (con lo que la empresa tuvo que devolver el dinero y quedarse con una cocina hecha a la medida), el 21 de febrero de 2017 se retiró de su puesto de trabajo y no se presentó a laborar durante tres días sin permiso alguno, y el 29 de marzo 2017 se le requirió aportar las incapacidades para efectos de realizar el correspondiente recobro ante la entidad promotora de salud, las que se negó a entregar; y que su despido obedeció a la necesidad de recortar personal por cuanto en enero de 2017 se cerraron tres puntos de venta y tenían graves problemas financieros que posteriormente generaron la liquidación de la empresa.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de octubre de 2020, en la que dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, el A Quo refirió que está acreditado que la accionante laboró con **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**, desde el 01 de mayo de 2016, mediante contrato de trabajo a término fijo; y que, pese a que terminó el contrato de trabajo de la accionante, se ordenó su reintegro, mediante sentencia proferida en acción de tutela por parte del Juzgado 53 Penal con Función de Garantías del 02 de agosto de 2017.

Indicó que **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**, se encuentra actualmente liquidada; que el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 elimina cualquier tipo de responsabilidad laboral a cargo de los socios de las empresas por acciones; que para que haya lugar a sustitución patronal es necesaria la continuidad de los servicios por parte del trabajador y que actuaba bajo el mismo contrato de trabajo; y que del interrogatorio de parte, se puede establecer que la actora nunca trabajó para **TODOGRIFOS S.A.S.**, por lo que no tuvo un cambio de patrono ni continuidad en la prestación de sus servicios.

Finalmente, adujo que para que se produzca el reintegro de un trabajador por gozar de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es necesario que el empleador conozca el estado de discapacidad del trabajador, quien debe contar con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 15%; que para determinar que el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral del 15%, no es necesario que se aporte un dictamen, pero sí debe existir prueba documental de la que se pueda desprender tal porcentaje; que el despido que se efectúa cuando un trabajador se encuentra en incapacidad se presume que es por condición de salud; y que en el asunto, está

demostrado que **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**, tenía conocimiento de la condición de salud de la demandante según el interrogatorio de parte de **JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN**, sin embargo, su reintegro era materialmente imposible por la extinción de la persona jurídica.

IV. APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE**, manifestó inconformidad en cuanto a lo decidido en relación con la pretensión de sustitución patronal. Arguyó que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no solamente se predica de los contratos que están vigentes, por lo que no resulta necesario que el trabajador hubiera prestado sus servicios a **TODOGRIFOS S.A.S.**, más aún cuando lo que precisamente se debate es la posibilidad de que la accionante sea reintegrada por su estabilidad laboral reforzada. Afirmó que la condición principal para establecer que hay sustitución patronal es la subsistencia de la identidad en el establecimiento y que no sufra variaciones esenciales en el giro de sus negocios, lo que se encuentra acreditado en el caso, dado que el objeto social de **TODOGRIFOS S.A.S.** y **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.**, es similar; el primer establecimiento de comercio ahora está ubicado en el mismo lugar donde se encontraba el segundo, los contratos de arrendamiento se suscribieron con la misma persona y la propietaria de **TODOGRIFOS S.A.S.**, tiene una sociedad conyugal con quien era el dueño de **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.** Lo anterior, es lo que abre pasó a que se predique la reinstalación de la actora en su trabajo, pues la actora sí gozaba de una estabilidad laboral reforzada al momento de su despido.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora para ratificar su posición.

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

VI. CONSIDERACIONES

Conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** a resolver, se circunscriben a determinar si existió sustitución de empleadores entre **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S. y/o JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN** con **TODOGRIPOS S.A.S.**; y si la accionante goza de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por razones de salud al momento en que le fue terminado el vínculo laboral.

DE LA SUSTITUCIÓN DE EMPLEADORES

La sustitución de empleadores se presenta cuando se cambia de empleador, de titular de la empresa, sin que el establecimiento cambie de identidad, de manera tal que se no efectúa modificación de las actividades o negocios esenciales, y se continúan con las actividades empresariales.

Sobre el tópico, el artículo 67 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 67. DEFINICION. Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Explica la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una lectura literal del citado artículo conduciría a establecer que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa (cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc.), y la subsistencia de la identidad del negocio. Sin embargo, la jurisprudencia desde antaño ha introducido un tercer elemento que es la continuidad en la prestación del servicio, el cual está implícito en la noción de “sustitución de patronos”. Al respecto valga recordar lo dicho en providencia del 24 de enero de 1990, rad. 3535, reiterada en las sentencias SL3003-2020 y SL1751-2021, que al efecto precisó:

“Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo”. (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535. Destaca la Sala).”

Entonces, de acuerdo con lo que enseña la jurisprudencia reiterada de dicha Corporación, se puede decir que la sustitución patronal es resultado de la concurrencia de las tres condiciones anteriores, de modo que si falta al menos una, no hay sustitución de empleadores en los términos del artículo 67 del C.S.T. El anterior criterio, se acompasa con el criterio de la H. Corte Constitucional quien en sentencias T-954 de 2011, y T-277 de 2020, explicó:

“Para que se perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores es necesario, en primer lugar, que opere un cambio de empleador por cualquier causa; en segundo, que haya continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador; y finalmente, que haya continuidad también en el desarrollo de las labores del establecimiento. Se trata, entonces, de tres requisitos que se reseñan de la siguiente manera: (i) cambio de empleadores; (ii) continuidad de la empresa, establecimiento o negocio y la conservación del giro de sus

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

actividades; y (iii) continuidad del trabajador. Esta institución tiene como objeto general mantener la unidad de los contratos laborales siempre que concurren los anteriores elementos, para propender así por la protección y continuidad de los derechos de los trabajadores, que por su naturaleza son la parte débil de la relación laboral”.

Por otra parte, y en relación con la estabilidad laboral reforzada en estado de debilidad manifiesta por razones de salud, es necesario rememorar, que dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

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

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

No obstante, quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

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

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): i) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; ii) que el

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

empleador conozca de ese estado de salud; y, iii) que termine la relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

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

También es pertinente resaltar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico **en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibídem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)”.

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine qua non que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio.**”

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

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

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito *“garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”*, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *“que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo**, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente”. (Negrillas por la Sala).

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer “que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

sospechoso”, para señalar que “el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia SL711-2021, en la que dispuso:

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

Sobre el tópico, en la sentencia SL572-2021, se precisó:

“...se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo”.

En esa misma línea, en la sentencia SL1236-2021 se reiteró:

*“La jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que, **para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento, no es suficiente que, al momento del despido (o del preaviso en los contratos de trabajo a término fijo), el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que, al menos tuviera, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017 y CSJ SL4609-2020).***

*En esa línea, esta Corte tiene establecido que, **para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, "sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional", CSJ SL572-2021.***

Esa es la razón de la importancia de una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores. No obstante, la jurisprudencia laboral reconoce que no es el único medio probatorio idóneo para probar esa condición y, con fundamento en el principio de libertad probatoria y formación del convencimiento del art. 61 del CPTSS, en el evento de que no exista una calificación del grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta Sala admite que la limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, verbigracia, cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, cuenta con concepto desfavorable o desfavorable de rehabilitación, o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo, CSJ SL572-2021”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

DEL CASO EN CONCRETO.

Conforme la **prueba documental** arrimada al proceso, la cual no fue objeto de tacha alguna se tiene que:

- i) Diana Betty Polanco Acosta celebró contrato de trabajo **a término fijo de un año**, con la sociedad **SURGRIFOS GRAVAL S.A.S.**, a partir del 01 de mayo de 2016 (fl.23).
- ii) La sociedad **SURGRIFOS GRAVAL S.A.S.**, fue constituida el 24 de septiembre de 2015, en la que su Gerente General era el señor JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, siendo cancelado su registro mercantil el 28 de agosto de 2017 (fls. 49 y 50).
- iii) La accionante presentaba lesiones óseas al nivel de la columna y el esternón desde agosto de 2016, según historia clínica (fls. 55 a 68).
- iv) El **31 de marzo de 2017**, a la demandante le fue comunicado que no le sería renovado su contrato de trabajo a partir del 30 de abril de 2017, por su mal desempeño (fl.37).
- v) El **04 de abril de 2017**, la actora presentó carta a **SURGRIFOS GRAVAL S.A.S.**, manifestando su inconformidad frente a la terminación de su vínculo laboral, señalando que lo era por su condición de salud (fls. 28 y 29).
- vi) El **05 de abril de 2017**, **SURGRIFOS GRAVAL S.A.S.** le señala a la actora que la carta del 31 de marzo de 2017 era informándole la no renovación de su contrato de trabajo (fls. 153 a 155).
- vii) La sociedad **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.** terminó el contrato de trabajo de la demandante el día 30 de abril de 2017 (fl.26)
- viii) El **02 de mayo de 2017** se reiteró que no iba a renovar el contrato de trabajo y que la trabajadora debía pasar

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIFOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

a recoger su liquidación de prestaciones sociales y dejar su uniforme (fl.30).

- ix)** El empleador efectuó consignación o depósito judicial de las prestaciones sociales de la demandante. (fls 162-163)
- x)** La actora presentó acción de tutela solicitando su reintegro por gozar de fuero por salud; el Juzgado 53 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. **ordenó con efectos transitorios el reintegro** de la accionante (fls. 40 a 48).
- xi)** El **08 de agosto de 2017** la demandante fue reintegrada a **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.** (fl.164).
- xii)** La actora efectuó ventas para **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.** entre el 08 y el 12 de agosto de 2017 (fl.163).
- xiii)** El **25 de agosto de 2017** fue liquidada la empresa **SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.** (fls. 49 y 50).
- xiv)** El día **17 de agosto de 2017** se inscribió la matrícula comercial de la sociedad **TODOGRIFOS S.A.S.**, en la que se indica que su representante legal es GRACE ANGÉLICA LONDOÑO (fls. 51 y 52)
- xv)** **JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO** disolvieron y liquidaron su sociedad conyugal el 22 de diciembre de 2018 (fls. 167 a 175).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, se advierte que no se encuentran acreditados los elementos para que se pueda establecer la existencia de una sustitución de empleadores.

Al punto, considera la Sala, en primer lugar, aclarar en consideración a las pretensiones de la demanda, que no es dable deprecar una sustitución de empleadores entre JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN con TODOGRIFOS S.A.S., puesto que como quedó visto, quien obró como empleador de DIANA BETTY POLANCO ACOSTA fue la sociedad SURGRIFOS GRIVAL S.A.S, y no JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN como persona natural o dueño del algún

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIFOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

establecimiento de comercio, por lo que era dicha sociedad simplificada por acciones, - SURGRIFOS S.A.S., - quien podía sustituir su condición de empleador.

A fin de determinar si tal como lo plantea la demanda y el recurso de alzada, existió una sustitución de empleadores entre SURGRIFOS GRIVAL S.A.S., y TODOGRIFOS S.A.S, y siguiendo los lineamientos tanto de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como de la H. Corte Constitucional debe verificarse la existencia de los siguientes presupuestos: el cambio de un patrono por otro; la continuidad de la empresa; y la continuidad de servicios de la trabajadora mediante el mismo contrato de trabajo.

De esta manera, y dado que para que se presente cambio o sustitución de patrono es necesario que se verifique una variación en la titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica por cualquier causa, como por ejemplo, que se hubiere presentado cesión, venta, arrendamiento, fusión, escisión, permuta, sucesión por causa de muerte, etc., la Sala concluye que, en el caso estudiado, no se encuentra acreditado que TODOGRIFOS S.A.S. hubiese adquirido de alguna forma la titularidad de SURGRIFOS GRIVAL S.A.S., se trata de dos personas jurídicas diferentes, en la que la segunda fue objeto de liquidación, y por ende se extinguió, por lo que en tal medida, la sustitución de empleadores no opera automáticamente, siendo necesario demostrar la continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1419-2020, señaló:

“Finalmente, y si fuera del caso estudiar de fondo el planteamiento del recurrente, habría de decirse que ya también la Corte, entre otras, en providencias CSJ SL8185-2016, CSJ SL8178-2016, CSJ SL5334-2015, CSJ SL16159-2014, CSJ SL, 19 febrero 2008, radicado 30815; sentó que en eventos de similar ocurrencia al decidido, la sustitución de empleadores por liquidación de una entidad y la consiguiente supresión de

Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**

Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

cargos, no opera automáticamente si, además, tampoco se prueba la continuidad en el servicio del trabajador, como sucede en este caso”.

En lo tocante a la continuidad de los servicios de la trabajadora, se encuentra que no obra prueba alguna de la que se pueda desprender tal circunstancia; por el contrario, la demandante en interrogatorio de parte fue contundente en señalar que no laboró para GRACE ANGÉLICA LONDOÑO ni para TODOGRIFOS S.A.S., que fue empleada de SURGRIFOS GRIVAL S.A.S., y que ni siquiera se enteró cuando GRACE ANGÉLICA LONDOÑO asumió el control del local donde se encuentra ubicado TODOGRIFOS S.A.S.

En cuanto a la continuidad de la empresa, esto es, que la unidad de explotación económica continúe en sus elementos esenciales a pesar del cambio del titular, no se probó que TODOGRIFOS S.A.S., hubiera tenido la intención de dar continuidad a los servicios que prestaba SURGRIFOS GRIVAL S.A.S., ya que ésta, según los mismos dichos en el interrogatorio rendido por la demandante, tenía como actividad económica principal, la venta de cocinas integrales, accesorios para baños, cocinas, y griferías; en contraste, TODOFRIGOS S.A.S., tiene como actividad económica principal, la venta de artículos de ferretería, pinturas, y productos de vidrio, según certificado de existencia y representación legal obrante a folios 51 y 52., sin que se haya demostrado en todo caso que el objeto social de esta última sociedad por el principio de la primacía de la realidad fuese verdaderamente el de “venta de cocinas integrales, accesorios para baños, cocinas, y griferías” es decir, que materialmente, desarrollara la actividad comercial de la extinta SURGRIFOS GRIVAL S.A.S.

Conforme a lo dicho, no considera la Sala que se hubiesen demostrado los elementos para que se pueda configurar una sustitución patronal, no siendo justificación que la accionante se encontrara en imposibilidad de continuar con la prestación de

sus servicios por cuanto no había sido reintegrada, pues como quedó visto del recuento de la prueba documental, su reintegro en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado 53 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. se materializó el 08 de agosto de 2017, esto es, con anterioridad a la liquidación de SURGRIFOS GRIVAL S.A.S., lo que aconteció el 25 de agosto de 2017, por demás que, en el expediente a folio 163 obra reporte de diario de ventas, en el que consta que la accionante efectuó ventas del 08 al 12 de agosto de 2017.

De otro lado del acervo probatorio allegado no encuentra la Sala que obre una prueba contundente de la que se pueda establecer que la accionante contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que la accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, para la fecha de terminación del vínculo, ya que el material probatorio para determinar tal porcentaje es precario.

Ciertamente, al expediente únicamente fue allegada historia clínica de la accionante. En esta, si bien figura que la actora se tuvo que someter a diferentes exámenes desde agosto de 2016, con ocasión a que presentaba lesiones óseas al nivel de la columna y el esternón, y una masa a nivel de tejidos blandos de pelvis de la que no se encontró malignidad en el material evaluado, no obra un documento que sea lo suficientemente certero para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral aludido.

Al respecto, si bien una calificación técnica descriptiva no sería el único medio probatorio idóneo para acreditar la condición de discapacidad, tampoco es posible inferir del plenario, con la sola historia clínica, que el estado de salud en que se encontraba la trabajadora al tiempo del fenecimiento del vínculo fuera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

deficiente, notorio, evidente y perceptible y, además, que este provocara una mengua probada y efectiva con directa incidencia en la realización de las funciones laborales, pues conforme a lo transcrito en líneas antecedentes: *"la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, "sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor"*.

De igual manera, de los interrogatorios de parte de JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO, no se logra extraer una confesión con la que se pueda establecer que la accionante tenía una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, pues el único que hizo alusión a la condición de salud de la actora fue el señor JUBER ANTONIO DÍAZ CHITAN quién se limitó a expresar que presentaba "dolores de cadera".

Así mismo, no considera la Sala que los padecimientos de la accionante sean de tal envergadura que se pueda establecer que se estuviese frente a un hecho notorio, por el contrario, las pruebas aludidas permiten inferir por lo menos para la fecha de terminación del vínculo laboral que los malestares de la accionante eran de menor envergadura, por lo que no se considera que hubiese cumplido con la carga que le correspondía, esto es, demostrar la discapacidad en cualquiera de los grados mencionados, de manera que no logró activar en su favor la presunción según la cual el despido es discriminatorio.

Por tanto, y si en gracia de discusión se concluyese que **TODOGRIPOS S.A.S** es el actual empleador de la actora, no podría ordenarse su reintegro al no estar demostrada una pérdida de capacidad laboral del 15%.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ
CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

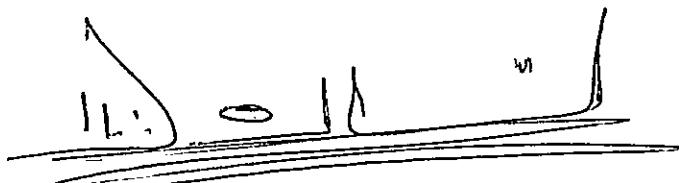
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00512 -01
Demandante: **DIANA BETTY POLANCO ACOSTA**
Demandado: **TODOGRIPOS S.A.S., JUBER ANTONIO DÍAZ
CHITAN, y GRACE ANGÉLICA LONDOÑO.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.00 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

150

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00548 -01
Demandante: **RAFAEL ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **RAFAEL ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la reliquidación de la pensión, a partir del 01 de enero de 2007, teniendo en cuenta el promedio de los aportes efectuados durante los últimos diez años de cotización, e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 11 de noviembre de 1946; **2)** Mediante la Resolución 054618 de 2006 se le reconoció una pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de enero de 2007, en cuantía inicial de \$4'016.453; **3)** La pensión fue liquidada teniendo en cuenta 1932 semanas y una tasa de reemplazo del 90%; y **4)** El 22 de marzo de 2019 solicitó la reliquidación de su pensión para que se tuviera en cuenta el promedio de los últimos diez años de aportes, lo que fue negado mediante la Resolución SUB101548 de 2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 40 a 46) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y la innominada o genérica.

Expuso que se procedió a realizar la liquidación teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años y lo aportado en el transcurso de toda la vida laboral, tomándose el resultado más favorable; que los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar una pensión son los del Decreto 1158 de 1994; y que la pensión se ha venido reajustando anualmente conforme lo establece la ley.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 03 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00548 -01
Demandante: **RAFAEL ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que al faltarle al demandante más de diez años para causar su pensión, su I.B.L. se debe calcular con el promedio de los últimos diez años de cotización o el de toda su vida laboral, si alcanza más de 1250 semanas; que el actor le realizaron su liquidación teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en toda su vida laboral; y que efectuadas las operaciones de rigor, con el promedio de los últimos diez años cotizados, se tiene que el valor de la mesada a 2007 es la suma de \$2'730.735, suma inferior a la reconocida por COLPENSIONES, esto es, \$4'016.453.

IV. APELACIÓN.

PARTE DEMANDANTE.

Manifestó que se debe realizar nuevamente la liquidación teniendo en cuenta el promedio de los últimos diez años, pues es imposible que realizados nuevamente los cálculos se encuentre un I.B.L. inferior al establecido por COLPENSIONES.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

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

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

adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante.

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

Lo primero necesario por recordar es que el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, de la prestación, entendido este último como la tasa de reemplazo, pero no el ingreso base de liquidación de la legislación anterior que, como se sabe, quedó gobernado por el inciso 3.° del artículo 36, o por el artículo 21 ídem, según el tiempo que le hiciere falta para pensionarse a la entrada en vigencia del subsistema general de pensiones (CSJ sentencias CSJ SL4649 y SL17476 de 2014, SL2982 y SL16825 de 2015, y SL7193 y SL8563 de 2016 y CC sentencias C-258-2013, reiterada en la SU-230-2015); en otras palabras, por el inciso 3.° del artículo 36, si a la entrada en vigencia de la Ley 100, al afiliado le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y por el artículo 21, si le hacían falta más de 10 años.

Valga la pena precisar que fue el mismo legislador quien estableció que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición estaría regulado por el nuevo modelo pensional en las disposiciones antes mencionadas y, por lo mismo, no habría lugar a confrontar más de una interpretación

frente a norma jurídica que resulta clara al respecto (CSJ SL1049 y SL1734 ambas de 2015).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) Carlos Alberto Padilla Moreno nació el 11 de noviembre de 1946, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 8.
- ii) El actor cotizó al régimen de prima media 1957 semanas (fls. 13 a 16).
- iii) Mediante la Resolución 054618 de 2006 le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de enero de 2007, en una mesada inicial de \$4'016.453 (fl.12).
- iv) El 22 de marzo de 2019, el actor solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta el promedio de los últimos diez años cotizados (fl.10).
- v) A través de la Resolución SUB101548 del 29 de abril de 2019, le fue negada la solicitud de reliquidación pensional (fls. 13 a 16).

Pues bien, efectuado el análisis de rigor se encuentra que la pensión de vejez del actor fue reconocida de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, la parte demandante aspira a la reliquidación de la prestación, afirmando que se debe tener en cuenta el promedio de lo liquidado durante los últimos diez años de cotización.

De esta manera, procede la Sala a efectuar las operaciones de rigor correspondientes, lo que se efectúa bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo que devengó el actor en los últimos diez años de cotización, en consideración a que al actor le faltaban

01/07/99	31/07/99	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00
01/08/99	31/08/99	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00
01/09/99	30/09/99	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00
01/10/99	31/10/99	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00
01/11/99	30/11/99	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00
01/12/99	31/12/99	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00
Total dias		360			\$ 33,101,160,00
					\$ 91,947,67
					\$ 2.758,430,00

		Año 2000					
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/02/00	29/02/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/03/00	31/03/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/04/00	30/04/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/05/00	31/05/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/06/00	30/06/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/07/00	31/07/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/08/00	31/08/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/09/00	30/09/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/10/00	31/10/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/11/00	30/11/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
01/12/00	31/12/00	30	2.796,844,00	93,228,13	\$ 2.796,844,00		
Total días		360			\$ 33,562,128,00	\$ 93,228,13	\$ 2.796,844,00

		Año 2001					
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	3.083,843,00	102,794,77	\$ 3.083,843,00		
01/02/01	28/02/01	30	2.796,843,00	93,228,10	\$ 2.796,843,00		
01/03/01	31/03/01	30	2.796,843,00	93,228,10	\$ 2.796,843,00		
01/04/01	30/04/01	30	2.796,843,00	93,228,10	\$ 2.796,843,00		
01/05/01	31/05/01	30	3.067,000,00	102,233,33	\$ 3.067,000,00		
01/06/01	30/06/01	30	3.066,700,00	102,223,33	\$ 3.066,700,00		
01/07/01	31/07/01	30	3.066,700,00	102,223,33	\$ 3.066,700,00		
01/08/01	31/08/01	30	3.353,700,00	111,790,00	\$ 3.353,700,00		
01/09/01	30/09/01	30	3.353,700,00	111,790,00	\$ 3.353,700,00		
01/10/01	31/10/01	30	3.353,700,00	111,790,00	\$ 3.353,700,00		
01/11/01	30/11/01	30	3.353,700,00	111,790,00	\$ 3.353,700,00		
01/12/01	31/12/01	30	3.353,700,00	111,790,00	\$ 3.353,700,00		
Total días		360			\$ 37,443,272,00	\$ 104,009,09	\$ 3,120,272,67

			Año 2002				
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	3.353.700,00	111.790,00	\$ 3.353.700,00		
01/02/02	28/02/02	30	3.353.700,00	111.790,00	\$ 3.353.700,00		
01/03/02	31/03/02	30	3.353.700,00	111.790,00	\$ 3.353.700,00		
01/04/02	30/04/02	30	3.353.700,00	111.790,00	\$ 3.353.700,00		
01/05/02	31/05/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00		
01/06/02	30/06/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00		
01/07/02	31/07/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00		
01/08/02	31/08/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00		
01/09/02	30/09/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00		
01/10/02	31/10/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00		

01/11/02		30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00			\$ 42.122.472,00	\$ 117.006,87	\$ 3.510.206,00
01/12/02		31/12/02	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00				
Total días			360							

	Año 2003									
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual			
01/01/03	31/01/03	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00					
01/03/03	31/03/03	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00					
01/04/03	30/04/03	30	3.588.459,00	119.615,30	\$ 3.588.459,00					
01/05/03	31/05/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/06/03	30/06/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/07/03	31/07/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/08/03	31/08/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/09/03	30/09/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/10/03	31/10/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/11/03	30/11/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
01/12/03	31/12/03	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00					
Total días		360			\$ 45.187.436,00	\$ 125.520,66	\$ 3.765.619,67			

		Año 2004						
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual	
01/01/04	31/01/04	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00			
01/02/04	29/02/04	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00			
01/03/04	31/03/04	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00			
01/04/04	30/04/04	30	3.854.200,00	128.473,33	\$ 3.854.200,00			
01/05/04	31/05/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/06/04	30/06/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/07/04	31/07/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/08/04	31/08/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/09/04	30/09/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/10/04	31/10/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/11/04	30/11/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
01/12/04	31/12/04	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00			
Total días		360			\$ 48.412.000,00	\$ 134.477,78	\$ 4.034.333,33	

		Año 2005								
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual			
01/01/05	31/01/05	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00					
01/02/05	28/02/05	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00					
01/03/05	31/03/05	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00					
01/04/05	30/04/05	30	4.124.400,00	137.480,00	\$ 4.124.400,00					
01/05/05	31/05/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/06/05	30/06/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/07/05	31/07/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/08/05	31/08/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/09/05	30/09/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/10/05	31/10/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/11/05	30/11/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
01/12/05	31/12/05	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00					
Total días		360						\$ 70.346,11	\$ 2.110.383,33	

				Año 2006			
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/06	31/01/06	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00		
01/02/06	28/02/06	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00		
01/03/06	31/03/06	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00		
01/04/06	30/04/06	30	4.413.500,00	147.116,67	\$ 4.413.500,00		
01/05/06	31/05/06	30	4.634.700,00	154.490,00	\$ 4.634.700,00		
01/06/06	30/06/06	30	4.634.700,00	154.490,00	\$ 4.634.700,00		
01/07/06	31/07/06	30	4.635.000,00	154.500,00	\$ 4.635.000,00		
01/08/06	31/08/06	30	4.635.000,00	154.500,00	\$ 4.635.000,00		
01/09/06	30/09/06	30	4.635.000,00	154.500,00	\$ 4.635.000,00		
01/10/06	31/10/06	30	4.635.000,00	154.500,00	\$ 4.635.000,00		
01/11/06	30/11/06	30	4.635.000,00	154.500,00	\$ 4.635.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	4.635.000,00	154.500,00	\$ 4.635.000,00		
Total días		360			\$ 54.733.400,00	\$ 152.037,22	\$ 4.561.116,67

CÁLCULO PROMEDIO ÚLTIMOS 10 AÑOS							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial (A)	IPC final (B)	B/A	Sueldo promedio mensual (K)	B/A * K	Salario anual
1997	360	37,99651	87,86896	2,31	\$ 2.077.979,17	\$ 4.805.437,88	\$ 57.665.254,50
1998	360	44,71589	87,86896	1,97	\$ 2.526.468,00	\$ 4.964.635,96	\$ 59.575.631,56
1999	360	52,18481	87,86896	1,68	\$ 2.758.430,00	\$ 4.644.653,79	\$ 55.735.845,43
2000	360	57,00236	87,86896	1,54	\$ 2.758.430,00	\$ 4.252.111,23	\$ 51.025.334,81
2001	360	61,98903	87,86896	1,42	\$ 3.120.272,67	\$ 4.422.961,84	\$ 53.075.542,07
2002	360	66,72893	87,86896	1,32	\$ 3.510.206,00	\$ 4.622.255,30	\$ 55.467.063,64
2003	360	71,39513	87,86896	1,23	\$ 3.765.619,67	\$ 4.634.504,96	\$ 55.614.059,48
2004	360	76,02913	87,86896	1,16	\$ 4.034.333,33	\$ 4.662.590,17	\$ 55.951.082,06
2005	360	80,20885	87,86896	1,10	\$ 2.110.383,33	\$ 2.311.929,28	\$ 27.743.151,34
2006	360	84,10291	87,86896	1,04	\$ 4.561.116,67	\$ 4.765.359,22	\$ 57.184.310,69
	3600	IB.L 2007					\$ 529.037.275,59
							\$ 4.408.643,96
Pensión					Tasa de reemplazo	90,00%	\$ 3.967.779,57

De esta manera, efectuados los cálculos de rigor, se encuentra que el valor de la mesada pensional reconocida al actor por parte de Colpensiones mediante la Resolución 054618 de 2006, por valor de **\$4'016.453** al 01 de enero de 2007, es superior a la resultante en esta instancia, esto es, **\$3'967.779.57**, por lo que no resulta procedente la reliquidación de la prestación en los términos expuestos por el impugnante.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00548 -01
Demandante: **RAFAEL ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos.

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2019-00548 -01

Demandante: **RAFAEL ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310503520190060401

Demandante: **MARTHA CONSUELO HUERTAS**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013

AUTO

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

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, identificado (a) con C.C. No. 1.049.614.551 y T.P. No. 246.554 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

TERCERO: Téngase por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con C.C. No. 79.985.203 y T.P. No. 115.849 del C.S. de la J., como apoderado principal de Porvenir S.A.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los (las) apoderados (as) de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA CONSUELO HUERTAS**

promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) el día 1° de octubre de 1997 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora, junto con los rendimientos causados y a esta última a recibirla como afiliada, contabilizando para efectos de pensión las semanas cotizadas.

Fundamenta sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Se vinculó al sistema general de pensiones el 7 de septiembre de 1994; 2) El 1° de octubre de 1997 se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A.; 3) Al momento del traslado Porvenir S.A. no le dio información clara, verídica y precisa respecto de los beneficios y desventajas de los dos regímenes pensionales; 4) Mediante escrito de fecha 9 de agosto de 2019, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, lo cual fue negado mediante oficio del 14 del mismo mes y año; 5) Actualmente se encuentra vinculada y cotizando a Porvenir S.A., con 55 años de edad y un aproximado de 1.495 semanas; 6) En el RAIS su mesada pensional ascendería a la suma de \$1.876.218 y en el RPM a la suma de \$2.608.757.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 144 a 186– Archivo 1 y Archivo 2), se opuso a las pretensiones incoadas, proponiendo como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, la accionante contaba con 31 años pues nació el 22 de octubre de 1963, por lo que no contaba con ninguna expectativa legítima ni derecho adquirido en el RPM, razón por la cual, no es de recibo que pretenda regresar al RPM.

De otro lado, adujo que para el 09 de agosto de 2019, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el traslado, contaba con 56 años, es decir, ya contaba con la edad requerida en el RPMPD para acceder a la pensión de vejez, encontrándose inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Con lo anterior, dice, la demandante no cumple con los requisitos para solicitar su traslado al RPMPD, ya que no cumple con los requisitos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y tampoco con los señalados en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, al no ser beneficiaria del régimen de transición.

Precisó que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

PORVENIR S.A. (fl. 230 a 277 Archivo 1) se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

En resumen, adujo que la parte demandante pretende que se declare la nulidad absoluta del acto jurídico, por lo que debió acreditar cualquiera de las eventualidades que en forma expresa

establece el artículo 1741 del Código Civil, esto es que el acto contenía un objeto o causa ilícita, o que el afiliado era un incapaz absoluto al momento de realizar el cambio, por cuanto en los demás casos, como lo establece la ley, cualquier eventual irregularidad sería de las denominadas relativas.

Indico que en este caso no están configurados los supuestos de hecho que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para su aplicación.

Resaltó que con la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba la demandante y que Porvenir S.A. ha actuado de buena fe, de manera que, aquél que pretende impugnar sus actos como de mala fe, debe demostrarlo a través de los medios idóneos.

Finalizó diciendo que, para la fecha en que la parte demandante se afilió voluntariamente a esa AFP, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica para que esa entidad le impidiera ejercer su derecho de libre elección de cambiar de régimen.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARTHA CONSUELO HUERTAS, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordene al fondo de pensiones a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en la AFP, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a

afiliar a la señora MARTHA CONSUELO HUERTAS al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.. (...)"

En síntesis, el *a quo* indicó que, conforme lo señalado en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, correspondía a Porvenir S.A., en virtud de la inversión de la carga de la prueba, demostrar que brindó a la demandante la información necesaria para que la decisión que adoptara fuera conforme a sus intereses, tal y como la ha insistido dicha Corporación en sentencias como la SL 1688 de 2019, reiterada en la SL 1773 de 2020.

Expuso que, en las citadas sentencias, la Corte dice que debe demostrarse un consentimiento informado en el traslado de régimen, y bajo tal premisa a quien le corresponde su demostración, cuando el afiliado alega que no recibió la información debida, es a la AFP, pues ello corresponde a un supuesto negativo que no puede ser demostrado por quien lo invoca y ello se demuestra con el hecho positivo contrario.

Para el caso concreto, expuso, Porvenir S.A. no allegó ningún medio de convicción que permita demostrar que le dio a la demandante la información suficiente al momento del traslado, sin que se discuta que la accionante haya suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, pues lo que se extraña es ese consentimiento informado y la falta de información veraz y suficiente en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Precisó que el problema se limita a determinar la existencia del error como vicio del consentimiento, siendo conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al examen que determina la delegación de información que tienen a cargo las AFP, como la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento de la obligación de información, la carga probatoria en estos eventos y la eficacia de la afiliación cuando existe una expectativa de pensión o derecho consolidado.

Respecto de la suficiencia del formulario de afiliación, indica que este no es un capricho o una estrategia de esa AFP,

sino que se establece como un documento necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales, por lo que se estructura como una prueba ad substantiam actus consagrada en el artículo 256 del CGP, por lo que la interpretación que debe dársele a este elemento probatorio no debe estar sujeta al arbitrio judicial sino que es imperativo de la ley, debiendo el juez sujetarse a dicha norma en su tenor literal.

Adujo que existe una tergiversación interpretativa de la obligación de información a cargo de las AFP, pues el deber de información existe y se ha ido aumentando con el tiempo como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, lo cual no se escapa a los pronunciamientos de dicha Corporación pues sus pronunciamientos han indicado que las AFP debían alcanzar a plenitud el conocimiento de los afiliados y las consecuencias que traía el cambio de régimen pensional sobre las bases contenidas en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también ha indicado que se debía suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones del mercado, pero en este caso la demandante trabajó para el Fondo Nacional de Ahorro, con lo que tiene un conocimiento básico de las condiciones del mercado, pese a lo cual, ella, en su interrogatorio de parte manifestó que en el momento del traslado no le interesaba y que vino a interesarse en su futuro pensional hasta el año 2019.

Recalcó que la demandante manifestó que su único interés en retornar al RPM es porque la mesada pensional que le correspondería en Porvenir S.A. no es suficiente para ella y no le alcanza para cubrir su estilo de vida.

Frente a la condena impuesta a la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ningún otro valor distinto está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero.

En cuanto a los gastos de administración, expuso que la Superfinanciera en concepto con radicado 2019152211690003 del 17 de enero de 2022 indicó, en forma expresa que, en los eventos que procede la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional en consideración a que la compañía

de seguros cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión por gastos de administración, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes, en cuanto no financian la prestación de vejez y no son parte integrante de ella.

Finalmente, destaca la imprescriptibilidad de los gastos de administración, característica de la que si goza el derecho pensional, por lo que estos emolumentos sí está sujetos a lo previsto en el artículo 488 del CST.

COLPENSIONES

Precisó que, se demostró dentro del proceso que la demandante conocía las características propias del RAIS, adicionalmente, firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación suscrito el 6 de octubre de 1997 y ratificó su decisión de pertenecer al RAIS al suscribir formulario de afiliación con Porvenir S.A. el 13 de enero de 2000.

Adujo que la demandante no puede tenerse como una afiliada lega, ya que al momento de suscribir el formulario de afiliación ratificado en el año 2000 con Porvenir S.A. laboraba para el Fondo Nacional del Ahorro, una entidad de carácter financiero del orden nacional, por lo que no puede pretender alegar desconocimiento de la norma para hacerse acreedora a un beneficio, máxime cuando los aportes no le dieron los rendimientos que ella esperaba alegando que en su momento no fue informada en debida forma.

Finalmente, solicita se tenga en cuenta que el retorno al RPM de la demandante estaría contribuyendo con la descapitalización del sistema pensional, pues debe tenerse en cuenta los términos que las sentencias SU 1024 de 2004, SU-062 del 2010 y SU 130 del 2013 de la Corte Constitucional, en materia del traslado, indicaron, además que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el régimen de prima media se descapitalizaría y la demandante no puede pretender en este momento beneficiarse de algo a lo cual no ha contribuido.

Así mismo indica que cualquier solicitud de ineficacia o nulidad del traslado debe de aplicarse en virtud del artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 4 de mayo de 2021, se admiten los recursos de apelación.

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

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la

entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

aportes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g)

del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 01/08/1986 (archivo 02 - GRP-SCH-HL-66554443332211_1642-20191031090656); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 06/10/1997 a través de la A.F.P COLPATRIA hoy Porvenir S.A (fl 265 archivo No. 1); **iii)** que el 13/01/2000 realizó traslado horizontal entre AFP del RAIS, vinculándose a Porvenir S.A. (fl. 264 archivo No. 1) y **iv)** que el día 09/08/2019 (archivo No. 2 - SAC-COM-AF-2019_10780174-20190809034856) solicitó traslado de nuevo al R.P.M.P.D, no obstante, fue negado por Colpensiones.

Pues bien, a folio 265 del archivo No. 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 06/10/1997 con la AFP Colpatria - hoy Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que PORVENIR S.A. tiene la libertad de usar cualquier medio probatorio - que no solo el documental - de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio, sin que con ello se esté restando valor probatorio al formulario de afiliación, pues, como lo ha dicho la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, dicho documento acredita a lo sumo un consentimiento, pero no informado.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

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

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

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

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

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

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por Colpensiones referente a que la ignorancia de la ley no es excusa para que la demandante se beneficie, si bien ello resulta

acertado, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco puede reemplazarse por la profesión que ostente la afiliada o el lugar en el cual laboral al momento del traslado.

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

Ahora bien, Colpensiones argumentó, al sustentar su recurso, que la accionante ratificó su decisión de traslado al RAIS, frente a lo cual ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o por traslados horizontales entre administradoras de ese régimen.

Otro de los argumentos expuestos por Colpensiones al momento de apelar, fue aquel referente a que la demandante conocía las características del RAIS, por lo cual nos remitimos a lo manifestado por la señora Huertas en su interrogatorio de parte, en el cual expuso que:

- Los asesores le informaron que Colpensiones se iba a terminar y todos los recursos que tenían ahí se perderían;
- Que en el fondo privado se podrían pensionar cuando tuvieran 50 años, con unas condiciones magnificas;
- No sabe cómo se administra lo que aporta a la AFP;
- Firmó el formulario de afiliación y en el año 2000 se ratificó.

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

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

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

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

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

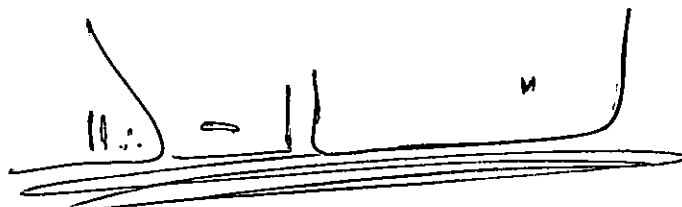
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00464 -01.
Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00464 -01.

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita el traslado inmediato de sus dineros y rendimientos a COLPENSIONES sin que se descuente ningún valor por concepto de gastos de administración; que COLPENSIONES reconozca pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, junto con el respectivo retroactivo; y que se paguen perjuicios e indexación.

Subsidiariamente, solicita el pago de la diferencia de la mesada pensional que hubiere recibido en el régimen de prima media desde el reconocimiento de la pensión en adelante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (fls. 100 a 128), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, inexistencia del perjuicio alegado, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que la actora se encuentra percibiendo en la actualidad una pensión de vejez; y que no resulta dable que un pensionado se traslade de régimen según el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que la accionante escogió su régimen pensional de forma libre, espontánea, y sin presiones, lo que quedó plasmado en el correspondiente formulario de afiliación; que a la demandante se le brindó una asesoría completa en cuanto al funcionamiento del régimen de ahorro individual; que si bien la accionante era beneficiaria del régimen de transición, tan sólo contaba con 448 semanas al momento de su traslado; y que durante los 20 años que estuvo afiliada la actora ejecutó actos que ratificaban su consentimiento, tales como firmar la historia laboral válida para bono pensional, reclamar pensión de vejez, el diligenciamiento de los formularios con MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. para el reconocimiento de su renta vitalicia, el recibimiento de mesadas pensionales.

Indicó que la actora además de derechos tiene deberes en el manejo de su futuro pensional, por lo que, si tenía dudas de su situación pensional debió acudir a los canales que brinda el fondo, tales como, líneas telefónicas, internet, y red de oficinas.

Finalmente, adujo que para que se impute responsabilidad a una persona es necesario que se presente daño, culpa, y nexo causal; que no existe prueba del daño ni de la acción imputable a PORVENIR S.A.; y que la carga de la prueba de demostrar el perjuicio recae en la parte actora.

COLPENSIONES (fls. 178 a 203) también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones de mérito que denominó, inexistencia del derecho o de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Expresó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria de régimen pensional, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años de cotizaciones al régimen de ahorro individual; que por razones financieras el Decreto 3800 de 2003

limitó la posibilidad de trasladarse de régimen pensional cuando faltaran menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, salvo para quienes contaran con 15 años de cotización al 01 de abril de 1994; que el objeto perseguido con la anterior disposición es evitar la descapitalización del sistema pensional, y defender la equidad en el reconocimiento de pensiones; y que la accionante no contaba con 15 años de cotizaciones al 01 de abril de 1994.

2.2. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PORVENIR S.A.

PRETENSIONES.

PORVENIR S.A. (fls.95 a 97), elevó demanda de reconvención, pretendiendo la devolución del dinero que la demandante recibió por concepto de mesadas pensionales desde agosto de 2007, debidamente indexadas.

Subsidiariamente solicita que se autorice a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional las sumas de dinero que ha venido recibiendo por concepto de mesadas pensionales desde agosto de 2007, debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones **PORVENIR S.A.** argumentó que desde el 18 de agosto de 2007 la accionante está percibiendo una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado; y que a partir de junio de 2008, se contrató con **MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.** para que esta asumiera el valor de las rentas mensuales.

2.2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

COLPENSIONES no se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención (fls. 215 a 221). Propuso como excepciones las que denominó, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido,

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Indicó que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación, pues por el contrario la accionante se afilió de forma libre y voluntaria al fondo privado; que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y que, al estar probado el reconocimiento pensional, no le asiste a la actora ningún tipo de derecho, puesto que está válidamente afiliada a PORVENIR S.A.

MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ (fls.222 a 226) se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención. No propuso excepciones.

Adujo que fue PORVENIR S.A. quien indujo en error a la accionante, pues el valor de su mesada pensional no le alcanza para subsistir, por lo que, se ha visto en la necesidad de acudir a trabajos temporales; y que con la declaratoria de nulidad las cosas vuelven a su estado inicial como si no hubiese existido el acto que se declara nulo.

2.3. VINCULACIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES, Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En audiencia del 02 de julio de 2019, el A Quo dispuso la vinculación del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES**, así como de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** al **PROTECCIÓN S.A.** (fl.248).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fls. 277 a 291), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, en caso de la declaratoria de nulidad mi representada sólo se encontraría

obligada a devolver los saldos de la reserva, inexistencia de vicio del consentimiento por la demandante para la declaratoria de nulidad de la afiliación realizada con PORVENIR S.A., declaración de nulidad de la afiliación realizada a la demandante con PORVENIR S.A. en contravención a la ley, prescripción, compensación, nulidad relativa, buena fe, y la genérica.

Indicó que únicamente intervino porque fue elegida como la aseguradora que administraría la renta vitalicia, por lo que en caso de una eventual condena únicamente estaría obligada a devolver los saldos de la reserva de la actora; y que sólo es dable el traslado de régimen cuando el demandante se encuentra disfrutando de una pensión de vejez según el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, manifestó que el contrato celebrado entre la actora y PORVENIR S.A. no padece de vicio del consentimiento, ya que se manifestó de forma libre y voluntaria el querer pertenecer al régimen de ahorro individual; y que la accionante permaneció durante más de 20 años en el régimen de ahorro individual, aunado a que solicitó su pensión, bono pensional, y diligenció todos los documentos para que se reconociera su renta vitalicia.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fls. 322 a 355), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera, abuso del derecho, y la genérica.

Indicó que los engaños que alega la demandante deben encontrarse plenamente acreditados, dado que la ineficacia de traslado es imposible de declarar por su condición de pensionada; que la redención del bono pensional tuvo lugar el 14 de febrero de 2007; que la pensión por renta vitalicia se está pagando desde junio de 2008; que no resulta válido que después

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00464 -01.

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

de transcurridos 12 años se solicite el reconocimiento de una pensión de vejez bajo otro régimen cuando los recursos del bono pensional en una modalidad de pensión que resulta irrevocable, por demás que la prestación se consolidó en cabeza de la actora y cualquier vicio quedó saneado con tal reconocimiento pensional; y que la restricción de traslado que tiene el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 fue estudiada por parte de la H. Corte Constitucional declarándose su exequibilidad, a través de la sentencia C-841 de 2003.

Finalmente, expresó que la actora no hizo uso del derecho de retracto; que la proyección pensional no crea una situación concreta del valor de la pensión; que en los casos que la Corte Suprema de Justicia ha analizado el afiliado no sólo contaba con el régimen de transición, sino también con los requisitos para acceder a la pensión de vejez; y que operó la prescripción dado que la rescisión para pedir la nulidad de un contrato es de cuatro años.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 29 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria:**

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora, de condiciones civiles conocidas en autos, con PORVENIR S.A., en el año 1997, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A. este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado la promotora de la acción con el RAIS. Aclarando que conforme a la parte motiva de la providencia se autoriza a PORVENIR S.A. a deducir del valor a trasladar a COLPENSIONES, el monto correspondiente a lo

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

recibido por la señora MARIA TERESA NIETO DE RUIZ, a título de devolución de saldos, así como se ordena a COLPENSIONES retener dichos dineros adeudados por la demandante, hasta que se surta el fenómeno de la compensación como se indicó en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: DISPONER que COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la actora, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: DECLARAR que a la actora, le asiste el derecho a que COLPENSIONES, le reconozca y pague la pensión de vejez conforme al Art. 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado Decreto 758 de 1990, a partir del 01 de agosto de 2007. Lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reconozca y pague a la demandante, la pensión de vejez acorde a lo previsto Art. 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 01 de agosto de 2007, en cuantía inicial de \$1'863.849 pesos, valor sobre el cual deberá efectuar los respectivos reajustes legales anuales.

SEPTIMO: CONDENAR a COLPENSIONES, a pagarle a la demandante, a partir del 1° de agosto de 2007, la diferencia que se genere entre las mesadas pensionales ya reconocidas mensualmente por PORVENIR y la que se genere de conformidad con la liquidación efectuada en la presente providencia y posteriormente, que por concepto de RETROACTIVO PENSIONAL a la fecha asciende a una suma de \$580.427.208,98, y posteriormente procederá a reconocer el 100% de la mesada pensional una vez se haya hecho efectivo el traslado, con los ajustes legales, los descuentos y la mesadas adicionales junio y de diciembre, que proceden en las condiciones prescritas en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: AUTORIZAR a COLPENSIONES, para que descuenta del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a que tiene derecho a la demandante, en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

NOVENO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES de la pretensión de la demanda alusiva al reconocimiento y pago de perjuicios planteados en el escrito introductorio.

DECIMO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, a favor de la demandante y a cargo de la demandada.

DECIMO PRIMERO: ABSOLVER al MINISTERIO DE HACIENDA y a la ASEGURADORA MAPFRE de las pretensiones de la demanda.

DECIMO SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones que anteceden.

DECIMO TERCERO: ABSOLVER al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a la ASEGURADORA MAPFRE en costas.

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

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es deber de los fondos privados acreditar que brindó a su afiliado información clara, completa, comprensible, de tal manera que éste tenga conocimiento de las características y condiciones de los regímenes pensionales, así como sus ventajas y desventajas; y que por lo anterior, los posibles afiliados deben contar con la información necesaria para conocer los efectos de su traslado.

Indicó que no se allegó ninguna prueba de la que se pueda determinar que se cumplió con el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen de la actora, puesto que el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditada dicha obligación, dado que es una forma preimpresa de la que no se puede extraer la información que se exige; que no existe prueba de proyección pensional ni de cálculo actuarial; que para la época del traslado, la accionante iba a cumplir 53 años de edad, lo que quiere decir que el asesor no tuvo ni siquiera la medida de verificar si era o no beneficiaria del régimen de transición; que el testimonio de María del Rosario Ortega es de oídas, puesto que basa su dicho en lo que la misma accionante señaló; que del interrogatorio de parte de la actora se logra extraer la poca información que la accionante recibió, puesto que no conocía el funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Explicó que la accionante acredita los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, puesto que a 1997 lograba acumular 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional; que la pensión se debió reconocer desde el 01 de agosto de 2007, puesto que la actora presentó cotizaciones hasta el mes anterior; que la prestación de la actora en el régimen de prima media se calcula sobre catorce mesadas anuales al causarse con anterioridad a la entrada en vigor del Acto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00464 -01.

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

Legislativo 01 de 2005; que la pensión se reconoce en un valor de \$1'863.849; y que COLPENSIONES debe pagar la prestación sobre las diferencias que ya fueron canceladas por PORVENIR S.A.

Manifestó frente a la demanda de reconvención que la administradora de pensiones está legitimada para deducir los valores que fueron objeto de pago efectuados a la actora, a favor de PORVENIR S.A., quien en uso de la figura de la compensación podrá retener tales valores.

Expresó que los valores reconocidos en la sentencia se deben reconocer debidamente indexados; que es dable descontar los valores por concepto de salud de las diferencias de las mesadas pensionales; que no se acreditaron perjuicios morales, como quiera que no se demostró el daño como consecuencia de las lesiones económicas, así como tampoco angustias, trastornos físicos, y duelos emocionales, como consecuencia del traslado del régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Señaló que la accionante tienen más de 1000 semanas cotizadas, lo que cambiaría todo lo referente al tema de la *liquidación de la pensión y el valor del retroactivo*; que la accionante tiene alrededor de 514 semanas en PORVENIR S.A., las que sumadas a las 506 que tiene en COLPENSIONES arrojaría 1020 semanas; y que, en caso de mora, esto no lo tiene por qué sufrir la accionante.

COLPENSIONES.

Adujo que la accionante no contaba con el número de semanas requeridas en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que

fuera beneficiaria del régimen de transición y, por ende, de una pensión de vejez.

Expuso que la demandante no cumple los requisitos para trasladarse de conformidad con la sentencia SU-062 de 2010; que no se puede deprecar error en el traslado de la demandante, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria, por demás que PORVENIR S.A. estaba obligada a recibirla de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y que con la devolución de los aportes, sus rendimientos, y los gastos de administración ni siquiera se lograra pagar el retroactivo que es objeto de condena, por lo que está plasmada la fuerte afectación a la sostenibilidad financiera del sistema que implica la declaración de una ineficacia de traslado.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Indicó que el beneficio que tienen las personas que estuvieron afiliadas al I.S.S. es un bono tipo A modalidad 2; y que al ordenarse la nulidad de la afiliación, la accionante no tendría derecho a un bono pensional, por lo que, se debe condenar al fondo privado a devolver dicho bono debidamente indexado.

PORVENIR S.A.

Adujo que durante los 20 años que la actora ha estado con la administradora ha cumplido con sus obligaciones, especialmente la pensión de vejez, la que ha sido pagada puntualmente hasta la fecha; que el fondo en cumplimiento de lo establecido en la Ley 100 de 1993 contrató una renta vitalicia y giró a favor de tal entidad los saldos que la accionante tenía; que debió existir un pronunciamiento acerca de la validez contrato de renta vitalicia, de manera que debían ser devueltos los valores que giró como prima única para poder cumplir con la orden impartida por el despacho; y que en casos similares se ha

establecido que se está frente a un acto de ratificación de la afiliación al lograrse la pensión de vejez, solicitarse la emisión de un bono pensional, autorización de negociación del bono pensional, y aceptación de la modalidad de retiro programado.

En último término, indicó frente a los gastos de administración que se descuentan por mandato legal y se destinan a la administración de los aportes, así como a la intermediación de otros beneficios; que ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin causa; y que no hay lugar a la ineficacia pues al momento del traslado, a la actora le faltaban alrededor de 12 años para cumplir los requisitos de pensión.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas

a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si en el caso de afiliados que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que se encuentran pensionados por éste último régimen resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00464 -01.
Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

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

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

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

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

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

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

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

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

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

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

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

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

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

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

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

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

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

para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

Y en oportunidad posterior, al referirse a **la ineficacia del traslado en el caso de pensionados y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios**, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, explicó lo siguiente:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable**

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.**

(...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un **perjuicio** en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.**

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, **el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negrillas por la Sala).

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos de **afiliados**, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** el órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha adoctrinado que la calidad de pensionado es una **situación jurídica consolidada**, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, **el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios**; y que el **término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado**.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., desde el 02 de mayo de 1976, según la historia laboral obrante a folios 41 a 43; **ii)** El 08 de agosto de 1997 (fl.134) se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; **iii)** le fue reconocida pensión de vejez el 17 de agosto de 2007, con retroactividad a partir del 24 de noviembre de 2004 (fl.167); **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 21 de marzo y 25 de mayo de 2018, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 56 a 58, 65 y 66)

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de agosto de 1997, conforme el formulario de afiliación allegado al proceso, visible a f.º 134, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, 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; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto.

No obstante pese a que no existe duda de la deficiencia en la información por parte de PORVENIR S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, por cuanto no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por cuanto conforme se prueba con la documental arrimada al expediente, **la actora ostenta ya la calidad de pensionada**; prestación que se reconoció por parte de PORVENIR S.A., mediante comunicación Rdo 0200001050865900 del año 2007 (fl. 167), previa solicitud efectuada por la demandante el 28 de junio de 2007, la que fue reconocida y pagada con su respectivo retroactivo, como fue aceptado expresamente en el interrogatorio de parte que se rindió en primera instancia, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Así las cosas, la calidad de pensionada que ostenta la activa es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos

y contratos con el afiliado, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Conforme lo expuesto en precedencia, la actora únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que se elevó en el presente juicio-; no obstante, y dado que la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral estableció que el **término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado**, encontramos que tal pretensión a la fecha se vio afectada por el fenómeno prescriptivo.

En efecto, al reconocimiento pensional efectuado por PORVENIR S.A. data del 17 de agosto de 2007, no obstante, la solicitud de ineficacia y/o nulidad del traslado se elevó el 21 de marzo de 2018, esto es, 10 años, 7 meses, y 5 días, por lo que en virtud de lo establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S., así como el 488 y 489 del C.S.T. operó el fenómeno en estudio.

Finalmente, y en cuanto a la pretensión subsidiaria, esto es, que se solicita el pago de la diferencia de la mesada pensional que hubiere recibido la actora en el régimen de prima media desde el reconocimiento de la pensión en adelante, tal pretensión se encuentra inmersa dentro de los perjuicios, puesto que lo que se pretende no es otra cosa que un lucro cesante, recuérdese que dicha figura se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o, se recibe en menor proporción, tal y como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia,

quién ha adoctrinado en sentencias como la del 06 de marzo de 2012, rad. 31948 y del 15 de octubre de 2008, rad. 2997, reiteradas en la SL5154-2020.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **REVOCAR la sentencia**, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la accionante. Por sustracción de materia no se hace necesario el estudio de los demás argumentos presentados en apelación, y se aclara que **no hay cabida a las pretensiones de la demanda de reconvención**, como quiera que la devolución de mesadas estaba ligada a la declaración de la ineficacia de traslado, circunstancia que también se incluirá en la parte resolutive de este proveído.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en ambas instancias.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR la sentencia** de origen y fecha conocidos. En su lugar, se **ABSUELVE** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, así como a la parte actora de las pretensiones elevadas en la demanda de reconvención, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. -Sin costas en ambas instancias.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2018-00464 -01.

Demandante: **MARÍA TERESA NIETO DE RUIZ.**

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

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

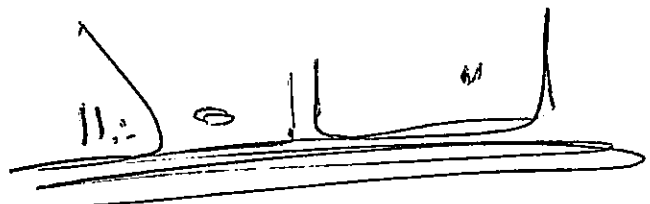
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00578 -01.
Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 013.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, así como estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “*nulidad*” o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad

a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se tenga como afiliada a COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado a COLFONDOS S.A., que ésta debe realizar la devolución de los dineros que figuran en la cuenta de ahorro individual, y que COLPENSIONES debe reconocer una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 a partir de febrero de 2018.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, así como que acumula 1506 semanas y cumplió la edad de 55 años el 02 de mayo de 2013.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 137 a 156), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante escogió por su propia voluntad el régimen en el que quería estar afiliada; que ésta no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con 15 años de cotización al 01 de abril de 1994, para poder retornar en cualquier momento; y que no contaba con una expectativa

legítima que debiera ser objeto de protección al momento de efectuarse su traslado de régimen pensional.

Adujo que no se presenta un error de hecho, dado que el que se alega no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad; que no se hizo la solicitud de nulidad del traslado dentro del plazo contemplado para ello, ya que, el tiempo para solicitar la rescisión de un contrato, conforme al artículo 1750 del C.C. es de cuatro años; que cualquier nulidad que se hubiere podido presentar se encuentra saneada de conformidad con el artículo 1754 del C.C., como quiera que ejecutó de manera voluntaria lo pactado en el contrato de afiliación, pues la accionante ha consentido que le hagan los correspondientes descuentos a pensión; y que en los casos decididos por la Corte Suprema de Justicia en los que se declaró la ineficacia de traslado, fue respecto de personas con régimen de transición o expectativas legítimas, sujetos a los que les resultaba gravoso su cambio de régimen pensional. Que el error de derecho no vicia el consentimiento; que la actora no hizo uso del derecho de retracto dentro de los cinco días siguientes a su afiliación.

Indicó que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora conforme al artículo 167 del C.G.P.; que la actora ha dejado de cotizar al sistema por alrededor de 24 años, situación que afecta la sostenibilidad del sistema pensional; y que la decisión de declarar la ineficacia de traslado desvertebra la debida planeación en el pago de pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento de este.

En último término, señaló que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 se encontraba cotizando al sistema de pensiones y contaba con 442,57 semanas, por lo que no es posible extender los beneficios del régimen de transición hasta el 2014; y que no cuenta con las 1300 semanas que exige la Ley 797 de 2003 para ser beneficiaria de una pensión.

Por otra parte, mediante auto del 19 de julio de 2020 se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda por parte de **COLFONDOS S.A.** (Documento 04 del proceso digital).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con formulario firmado el 29 de junio de 1994 a través de COLFONDOS, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, se deberá declarar ineficaz los traslados hechos al interior del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos de que trata el numeral anterior, y reactive la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez reactive la afiliación de la demandante, proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de febrero de 2018 y en cuantía inicial de \$4.158.726,83 por 13 mesadas con los ajustes anuales correspondientes.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante el retroactivo pensional que liquidado al 30 de agosto de 2020, asciende a la suma de \$155.484.237,39, debiendo ser indexado al momento del pago cada una de las mesadas pensionales.

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

SÉPTIMO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que inicie las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de COLFONDOS.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia es deber de los fondos privados acreditar que brindó a su afiliada información comparada, objetiva, y comprensible, de tal manera que la actora tuviera la posibilidad de tomar la mejor decisión para sus intereses, por lo que se le debió informar de las características y condiciones de los regímenes pensionales, así como sus ventajas y desventajas; que este deber de información existe desde la creación de la Ley 100 de 1993; y que la carga de la prueba recae en cabeza del fondo privado, pues es la que conoce de las condiciones que ofrece, por demás que la manifestación de que no se cumplió con el deber de información es una negación indefinida.

Indicó que no se allegó ninguna prueba de la que se pueda determinar que se cumplió con el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado de régimen de la actora; que aunado a lo anterior, era deber de la administradora estudiar las condiciones de la accionante, puesto que ésta era beneficiaria del régimen de transición, y podía afectar sus expectativas de pensión; que por lo anterior, se deben devolver todos los dineros que recibió COLFONDOS con destino a COLPENSIONES, junto con los correspondientes gastos de administración.

Expuso que con los tiempos de COLFONDOS S.A. la actora acumula a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, 888,71 semanas; que la accionante cumplió los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, ya que alcanzó la edad de 55 años el 02 de mayo de 2013, así como acreditó más de 1000 semanas cotizadas, según historias laborales de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. en la que consta que alcanza 1495,14 semanas; que por lo anterior, la demandante es beneficiaria de una tasa de reemplazo del 90%, y que la forma de liquidar el I.B.L. más favorable es el promedio de los últimos diez años, lo que arroja una mesada inicial de \$4'158.726,83.

Concluyó expresando que, no se imponen costas como quiera que COLFONDOS S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Indicó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiere efectuado coacción o presión; que el traslado de régimen de la actora fue en junio de 1994, y sólo hasta 2018 se presentó una solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez y su traslado, por lo que, operó en su contra la excepción de prescripción; que la actora se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de traslado, ya que, le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de pensión, así como tampoco cumple los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo, pues según sentencia SU-062 de 2010; y que el silencio de la accionante indicaría una aceptación tácita de las condiciones del régimen de ahorro individual.

Explicó que no es procedente el reconocimiento pensional, dado que, en el I.S.S. la accionante tan sólo contaba con 442 semanas, por lo que perdió los beneficios del régimen de transición y no acumula las 1300 semanas que exige la Ley 797 de 2003; y que aunado a lo anterior la demandante no ha cumplido con el requisito de retiro para que se pueda reconocer a su favor la pensión de vejez.

En último término, agregó que no se logró acreditar ningún vicio del consentimiento, como lo es la inducción en el error, pues por el contrario lo que se evidencia es la ratificación de la accionante de permanecer en COLFONDOS S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00578 -01.
Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Posteriormente en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si es dable efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

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

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

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

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

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

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>

Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**

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

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

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

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos

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

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

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

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

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

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

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

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

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que

se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 04 de septiembre de 1978 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el documento denominado “02 FOLIO 161 REPORTESEMANASCOTIZADAS”; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A., el 29 de junio de 1994 (fl.42); **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 15 de abril de 2019, ante COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A., pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 49 a 60).

A folio 42 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 29 de junio de 1994 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma voluntaria, libre, y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que ésta se limitó a exponer que al momento de la afiliación únicamente le fue informado que COLFONDOS S.A. pertenecía al mismo grupo empresarial de su empleador Avianca S.A., y que el I.S.S. se iba a acabar, y que no recibió información de que sus aportes estarían destinados a una cuenta de ahorro individual ni que eran los aportes voluntarios, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni mucho menos, que

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00578 -01.

Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

declaración de la ineficacia del acto de traslado de María Cecilia Jaramillo Jiménez del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Frente a las cuotas de administración y seguros previsionales para la cobertura de invalidez y sobrevivencia_que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser

restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los

valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de gastos de administración que se hubieren cobrado por parte de COLFONDOS S.A., pues al existir una conducta indebida de ésta, debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de*

ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

PENSIÓN DE VEJEZ DEL ACUERDO 049 DE 1990.

La demandante pretende, además de la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen, que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990.

Al punto, vale precisar que si bien la actora se encontraba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., que si bien se confirma la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia de su traslado de régimen pensional, y que por lo anterior, la demandante se entiende válidamente afiliada a Colpensiones, entidad que deberá asumir el pago de la pensión que eventualmente le corresponda; lo cierto es que sólo cuando Colpensiones reciba la totalidad del capital y/o dinero proveniente del régimen de ahorro individual, y se vean reflejados en el reporte de historia laboral la totalidad de las semanas de la accionante, se podrá efectuar la corrección de la historia laboral y estudiar la posibilidad de efectuar el reconocimiento y pago de la pensión aquí pretendida.

En consecuencia, se **REVOCARÁN** los numerales cuarto y quinto de la sentencia, y en su lugar se **ORDENARÁ** a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, y proceda a realizar el estudio del derecho

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00578 -01.

Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

pensional bajo las normas que regulen el régimen de prima media con prestación definida.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes **gastos de administración debidamente indexados**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – **REVOCAR los numerales quinto y sexto** de la sentencia. En su lugar, se **ORDENA** a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ, actualice la información en su historia laboral, y proceda a realizar el estudio del derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2019-00578 -01.

Demandante: **MARÍA CECILIA JARAMILLO JIMÉNEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

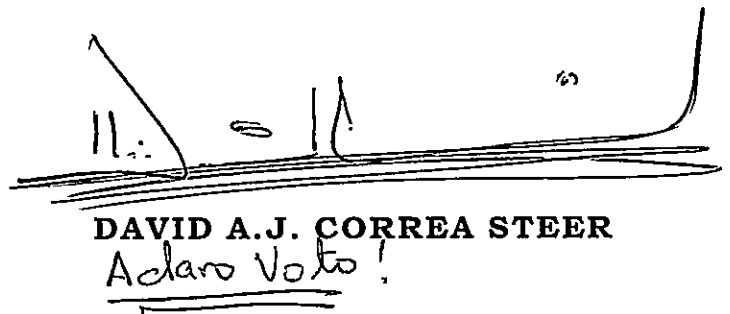
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!