



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAIRO IVAN ECHEVERRY CAICEDO

DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00096 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el 05 de mayo de 2022 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 15 de noviembre de 1998 hasta la fecha que este fue incluido en nómina de pensiones, esto es, el 09 de febrero de 2015 y las costas del proceso.

Subsidiariamente, se condene a la indexación o corrección monetaria a partir del 15 de noviembre de 1998 hasta el 9 de febrero de 2015, fecha en que fue incluida en nómina de pensionados.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que mediante la providencia No.113 de fecha 31 de mayo de 2012 el Juzgado Veintitrés (23) Laboral Adjunto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, confirmada por el Tribunal Superior de Cali, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez junto con su retroactivo pensional, reajustes anuales de ley incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el 15 de noviembre de 1998. Luego, mediante proceso ejecutivo, se ordenó mandamiento de pago a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, entidad que reconoció y pagó lo ordenado por la sentencia. El actor solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de intereses moratorios junto con la indexación o corrección monetaria de las sumas liquidadas, y la entidad respondió de manera negativa. (ARCHIVO DIGITAL 01 fls. 92-93)

Frente a estas pretensiones, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de ellas argumentando que si bien es cierto hubo una condena por parte del Juzgado Veintitrés (23) Adjunto al Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Cali Valle y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la sentencia el 12 de octubre de 2012, hay existencia de la figura de la cosa juzgada porque este debate ya fue objeto de dos procesos judiciales, en donde no se evidencia condena alguna sobre los intereses moratorios. Adicional a ello, argumenta que el demandante quiere revivir etapas procesales que ya son precluidas, porque este mismo tema es objeto de argumento de anteriores procesos donde pretende el pago de los intereses moratorios que son producidos de algo más de 23 años los que claramente se encuentran prescritos. Propuso como excepción previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cosa juzgada, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir,

cobro de lo no debido, buena fe, mala fe del actor y prescripción (ARCHIVO DIGITAL 01 fls. 110-112)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 05 de mayo de 2022, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y se relevó del estudio del pronunciamiento de las demás excepciones, absolvió a la demandada Porvenir S.A. de las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación con el argumento que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la prescripción, por cuanto presentó reclamación administrativa el 30 de junio de 2017.

ALEGACIONES

Los apoderados presentaron alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios desde el 15 de noviembre de 1998 hasta el 9 de febrero de 2015.

Elementos de prueba relevantes:

- Archivo 001 expediente digital A folio 3 a 14, sentencia del día 31 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral Adjunto al Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Cali.

- Archivo 001 expediente digital A folios 15-24, sentencia de día 12 de octubre de 2012 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.
- Archivo 001 expediente digital a folios 32 a 33, auto interlocutorio expedido por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ejecutivo.
- archivo 01 expediente digital A folios 93 a 96 Derecho de petición dirigido a Porvenir.

Caso concreto

En el presente caso, el demandante pretende el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados desde el 15 de noviembre de 1998 hasta el 9 de febrero de 2015, por las mesadas correspondientes a la pensión de invalidez que se ordenó reconocer y pagar mediante sentencia de 31 de mayo de 2012 proferida por el juzgado Veintitrés (23) Laboral Adjunto al Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Cali (Archivo 001 expediente digital f.º 3-14) y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

En dicho proceso, se ordenó el pago de la pensión a partir del 14 noviembre de 1998 y se calculó el retroactivo hasta el 31 de mayo de 2012 en un monto de \$75'535.394,50; sin que se generara condena por intereses moratorios.

El Juzgado emitió auto de obedéscase y cúmplase la decisión del superior el 17 de marzo de 2014.

Señala el recurrente que procede el reconocimiento de los intereses moratorios respecto de las mesadas causadas entre el 15 de noviembre de 1998 y el 9 de febrero de 2015, fecha en que el demandante fue incluido en nómina de pensionados, porque presentó reclamación administrativa el 30 de junio de 2017.

En relación con dicho argumento, lo primero que se observa es que la demandada incluyó al demandante en nómina de pensionados a partir de

febrero de 2015 (fl. 133), lo segundo, que realizó el pago del retroactivo causado entre 15 de noviembre de 1998 y noviembre de 2013 el 29 de noviembre de 2013 y el retroactivo de diciembre de 2013 a enero de 2015 el 25 de febrero de 2015 (fl. 34-40) tercero, que la parte demandante presentó solicitud para la ejecución de la sentencia que ordenó el reconocimiento de la pensión el 30 de septiembre de 2014, respecto del cual se emitió auto de mandamiento de pago el 19 de enero de 2015 en el proceso identificado con la radicación 76001310500320140062700, cuarto, la parte demandante remitió por correo reclamación el 30 de junio de 2017 y en el documento no se constata la fecha de recepción de la misma por parte de la demandada (fl. 93), aunque no se desconoce que existe respuesta a la solicitud el 14 de julio de 2017 (fl. 99) y quinto, la parte demandante interpuso la presente demanda el 24 de enero de 2018 para los Juzgados del Circuito de Cali.

Teniendo en cuenta los supuestos anteriores que se acreditan en el expediente, se verifica que de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social que consagra la prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales en un término de tres años, periodo este que puede ser interrumpido por un lapso igual a través del simple reclamo escrito, que los intereses moratorios correspondientes a las mesadas causadas entre el 15 de noviembre de 1998 y noviembre de 2013 se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, porque su pago fue realizado el 29 de noviembre de 2013 y no se reclamó los intereses moratorios dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de cada una de las mesadas, sin que se pueda entender que el proceso ejecutivo adelantado hubiere interrumpido la prescripción dado que en las sentencias del proceso ordinario no se condenó al pago de intereses moratorios.

Ahora, en relación con las mesadas pagadas el 25 de febrero de 2015 y que son las causadas entre diciembre de 2013 y enero de 2015, se encuentra que el demandante remitió la reclamación el 30 de junio de 2017 por correo, documento que no acredita la fecha de recibo por la demandada, pero que por la respuesta emitida el 14 de julio de 2017, se puede colegir que la demandada recibió el documento y que se interrumpió la prescripción en

esta fecha, por lo que los intereses causados sobre las mesadas exigibles antes de 14 de julio de 2014 se encuentran afectados por la prescripción.

En ese orden de ideas, hay lugar a revocar parcialmente la decisión de primera instancia, para declarar que procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las mesadas correspondientes a los meses de julio de 2014 a enero de 2015 que se calcularan a partir de la exigibilidad de cada mesada y hasta el 24 de febrero de 2015, día anterior a la fecha de pago; y se confirmará la decisión de primera instancia de declarar probada la excepción de prescripción, pero de manera parcial, porque solo afecta las mesadas causadas con anterioridad al 14 de julio de 2014.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas por el grupo liquidador asignado al Tribunal se observa que la cuantía por los intereses moratorios a cancelar es la suma de \$371.580.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por el resultado del recurso de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 05 de mayo de 2022 por el Juzgado Octavo (8°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, y en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto del interés de mora sobre las mesadas causadas con anterioridad al 14 de julio de 2014.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 05 de mayo de 2022 por el Juzgado Octavo (8°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar, **CONDENAR** a

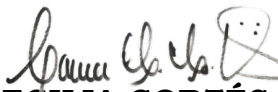
PORVENIR S.A. a pagar el interés moratorio consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 al señor JAIRO IVAN ECHEVERRY CAICEDO por la mora en el pago de las mesadas causadas entre el mes de julio de 2014 y enero de 2015 que se calcularan a partir de la exigibilidad de cada mesada y hasta el 24 de febrero de 2015.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA CLEMENCIA BOHÓRQUEZ MÁSMELA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00202 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la demandante respecto de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional o mesada 14 del año 2018 y siguientes, junto con los intereses de mora, costas del proceso, indexación y lo ultra y extra petita. (archivo 02).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 28 de abril de 1953, adquirió el derecho a la pensión el 28 de abril de 2008, a través de resolución 09779 de 23 de marzo de 2011 el entonces ISS le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$1.304.802 a partir de 1 de enero de 2009, fecha en la que se produjo la desafiliación del sistema.

La prestación fue reliquidada en diferentes oportunidades, y para el año 2020 la mesada pensional de la actora ascendió a \$2.271.412, monto inferior a tres salarios mínimos.

Colpensiones no ha pagado la mesada adicional catorce de los años 2018, 2019 y 2020.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la demandante causó el derecho a la Pensión de Vejez el 28 de abril de 2008 (fecha en la que acreditó el status pensional con el cumplimiento del requisito de los 55 años de edad y 20 años de servicios), es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia

del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual no tendría derecho a la mesada adicional de junio.

Por otra parte, y en gracia de discusión, pese a que la mesada pensional se causó con anterioridad al 31 de Julio de 2011, se observa que para el 28 de abril de 2008, fecha en que causó el derecho a la Pensión de Vejez, el valor de su mesada pensional hubiese sido de \$1.418.359 M/te, suma superior al valor equivalente a tres (3) salarios mínimos legal mensual vigente de ese año que era de \$1.384.500 M/cte.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y o configuración de intereses moratorios. (archivo 13)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de mayo de 2022, absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir propuesta por Colpensiones, y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal el apoderado de la parte demandante con el argumento de que hay lugar al pago de la mesada adicional en la medida que el derecho de la demandante se causó antes del 31 de julio de 2011, aunado a ello, la actora percibe una mesada inferior a los tres salarios mínimos, si bien cuando se causó los superaba, en la actualidad no.

ALEGACIONES

SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar en representación de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. N° 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

La apoderada de Colpensiones presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la mesada adicional.

Pruebas relevantes

Archivo 02

- A folio 14, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 28 de abril de 1953.
- A folio 15, resolución N° 009779 de 23 de marzo de 2011.
- A folio 22, resolución 012925 de 12 de abril de 2011.
- A folio 25, resolución 00372 de 7 de febrero de 2012.
- A folio 30, resolución GNR 302851 de 29 de agosto de 2014.
- A folio 39, resolución VPB 571 de 9 de enero de 2015.
- A folio 51, respuesta emitida por Colpensiones el 19 de diciembre de 2018.
- A folio 55, certificado histórico de mayo de 2011 a noviembre de 2018.
- A folio 59, comprobante de pago.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

Indica la parte apelante que debe reconocerse la mesada adicional solicitada en la demanda, pues el derecho se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, y, además, la demandante percibe una mesada inferior a los tres salarios mínimos.

Para resolver lo anterior, pertinente resulta indicar que la mesada catorce consagrada en el artículo 142 de la ley 100 de 1993 se instituyó a favor de los pensionados para ser pagada con la mesada del mes de junio de cada año; sin embargo, esta fue eliminada con el Acto Legislativo 1 de 2005 en el inciso octavo para las pensiones causadas a partir de su vigencia, 29 de julio de 2005, y la preservó hasta el 31 de julio de 2011 para las pensiones inferiores a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en el parágrafo transitorio sexto.

En ese orden de ideas, para determinar si la demandante tiene derecho a la mesada catorce se debe establecer cuándo cumplió los requisitos para acceder a la pensión, independiente de la fecha del reconocimiento de la pensión y su cuantía en el devenir de los años.

Para resolver se aportaron las siguientes pruebas:

Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante que acredita que nació el 28 de abril de 1953.

Resolución N° 9779 del 23 de marzo de 2011 y 12925 de 12 de abril de 2011, por medio de las cuales el entonces ISS concedió pensión de vejez a la demandante bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003 a partir de 1 de enero de 2009 en cuantía inicial de \$1.304.802 (fl.19 y 22).

Resolución N° 00372 de 7 de febrero de 2012, mediante la cual la Administradora resuelve un recurso de apelación y decide confirmar el Acto Administrativo 009779 de 2011 (fl.25).

Resolución GNR 302851 de 29 de agosto de 2014, por medio de la cual se reliquida una pensión de vejez a partir del 28 de febrero de 2010 en cuantía de \$1.557.688, aplicando para ello los parámetros de la Ley 71 de 1988 (fl.30).

Resolución VPB 571 de 9 de enero de 2015, mediante la cual la accionada modifica la anterior resolución en el sentido de reliquidar la pensión a partir del 1 de enero de 2009 en cuantía de \$1.527.147 (fl.39).

Pues bien, al analizar los actos administrativos expedidos por Colpensiones se concluye que la entidad inicialmente le reconoció a la demandante la pensión aplicando la Ley 797 de 2003 a partir del 1 de enero de 2009 por valor de \$1.304.802, y con posterioridad reliquidó la misma bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 a partir de la misma fecha en suma de \$1.527.147.

Ahora, la Resolución VPB 571 de 9 de enero de 2015 indica en su parte considerativa que el reconocimiento se sustenta en la ley 71 de 1988 porque la actora cumple con tiempos públicos y privados, norma que para causar la pensión señala que se debe cumplir 55 años de edad y 20 de cotizaciones o aportes al ISS o cajas de previsión social.

Según la copia de la cédula de ciudadanía la demandante nació el 28 de abril de 1953 (fl.14), esto es que cumplió 55 años el 28 de abril de 2008, por lo que este requisito se encuentra cumplido.

El requisito de tiempo, esto es, 20 años o lo que es lo mismo 1028,57 semanas también se acredita antes del 31 de julio de 2011, pues incluso para 28 de abril de 2008 cuando la señora María Clemencia Bohórquez cumplió los 55 años de edad, contaba con 1174.60 semanas, número superior al requerido en la Ley 71 de 1988 para acceder a la pensión.

De tal manera que le asiste razón a la apelante al señalar que la demandante causó su derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, aspecto que sea de paso mencionar también fue aceptado por la juez a quo, sin embargo, la mesada pensional para el momento de la causación del derecho, abril de 2008 (se reitera cuando cumplió con la edad y semanas requeridas por la Ley 71 de 1988) superaba los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues para dicha data el salario mínimo ascendía a \$461.500, el que multiplicado por tres arroja un valor de \$1.384.500 y la mesada pensional para ese entonces ascendía a \$1.418.358.

Si bien no se desconoce que en la actualidad como lo refirió la apelante el valor de mesada pensional de la demandante es inferior a tres salarios

mínimos, esa situación de manera alguna le permite acceder al reconocimiento de la mesada catorce, como quiera que no se puede perder de vista que el derecho pensional de la demandante se *causó* en el año 2008 y para ese año el valor de la pensión era superior al quantum atrás referenciado, sumado a que, se itera, con posterioridad al 31 de julio de 2011 la mesada adicional analizada dejó de existir.

Bajo las anteriores consideraciones se confirmará la decisión apelada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

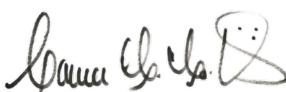
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OSCAR YECID DUQUE GONZÁLEZ

DEMANDADO: FISERV COLOMBIA LIMITADA

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2017 00701 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora respecto de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de una relación laboral desde el 25 de noviembre de 2013 hasta el 2 de junio de 2017 y como consecuencia de ello, se condene al reintegro del actor un cargo igual o de mejor categoría, salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el 4 de junio de 2017 hasta la fecha del reintegro, reintegro de medicina prepagada una vez se reintegre al cargo, lo ultra y extra petita, indexación y costas del proceso. (archivo 1 fl.10-53)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 2 de septiembre de 1957, inició a cotizar a Colpensiones el 1 de enero de 1977, actualmente cuenta con 1812.86 semanas, inició a laborar al servicio de FISERV COLOMBIA LIMITADA el 25 de noviembre de 2013 con contrato a término indefinido.

La empresa decidió dar por terminado el contrato sin justa causa el 2 de junio de 2017, fecha para la cual devengaba \$5.892.214.

El actor es la principal y única fuente de sustento propio, de su esposa e hija, ostenta la calidad de pre pensionado, a su esposa le fue diagnosticado cáncer de mama y está en tratamiento constante, pero al no tener contrato laboral ya no cuenta con seguridad social.

FISERV COLOMBIA LTDA se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la terminación del contrato tuvo origen en la facultad legal con que cuenta la Compañía y obedeció a motivos de reestructuración de negocios y señala que el demandante no ostenta la calidad de pre pensionado.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de obligaciones y cobro de lo no debido, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, buena fe de la demandada, temeridad de la demanda, inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, procedencia legal para terminar el contrato de trabajo sin justa causa, enriquecimiento injusto, la genérica que resulte probada en el proceso. (fl.103)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de febrero de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada y de oficio inexistencia del reintegro por fenecimiento de las causas que dan origen. Absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la parte **DEMANDANTE** con el argumento que la desvinculación laboral al señor Oscar durante los últimos años con los que se liquida el IBL de la pensión, lo cual genera un detrimento en la cotización e impacta de manera negativa el ingreso base de liquidación; adicionalmente, solicitó se analicen las causas del despido en virtud de que el juez laboral debe fallar de manera extra y ultra petita.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente asunto el demandante ostenta la calidad de pre pensionado y si resulta procedente analizar la causa del despido en virtud de las facultades ultra y extra petita.

Pruebas relevantes

Archivo 1

- A folio 20, reporte de semanas cotizadas por el demandante.
- A folio 40, historia clínica de la señora Stella Amaya Pérez.
- A folio 42, acción de tutela con radicado N° 2017-067.
- A folio 78, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 2 de septiembre de 1957.
- A folio 123, contrato individual de trabajo.
- A folio 129, carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 2 de junio de 2017.
- A folio 131, liquidación el contrato.
- A folio 132, comprobante de egreso.
- A folio 164, certificación de afiliación en Colpensiones.
- A folio 213, resolución SUB 254024 de 16 de septiembre de 2019, por medio de la cual Colpensiones reconoce la pensión de vejez al demandante.
- A folio 225, consulta de afiliación RUAF.
- Interrogatorio.

Caso concreto

En el presente asunto no fue objeto de discusión la existencia del vínculo laboral entre las partes desde el 25 de noviembre de 2013 al 2 de julio de 2017, así fue aceptado por la demandada al contestar la demanda y así lo demuestra el contrato de trabajo y la carta de terminación del mismo.

La inconformidad presentada por la parte actora, se centra en que el demandante si ostenta la calidad de pre pensionado y que el que la empresa haya decidido unilateralmente terminar el contrato de trabajo, afectó el ingreso base de liquidación que debía tenerse en cuenta para liquidar la pensión de vejez.

Pues bien, frente a la protección de estabilidad laboral reforzada por haber estado próximo a pensionarse, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la condición de prepensionado no solo se predica respecto de servidores públicos, sino que la misma se hace extensiva a quienes laboran en el sector privado, en virtud de lo dispuesto en el

artículo 53 de la Constitución Política y en desarrollo del principio de igualdad.¹

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado dicha protección al trabajador que le falte menos de 3 años para adquirir su estatus pensional cuando quiera que con el acto de desvinculación se frustre su reconocimiento pensional, aunado a que también deberá demostrarse la vulneración de sus derechos fundamentales.

La misma jurisprudencia ha distribuido entre las partes la carga de la prueba respecto de la terminación del vínculo, asignándole al trabajador la prueba de esta y al empleador la prueba de la causal alegada para la terminación del mismo y en este caso el demandante cumplió con su carga en la medida en que presentó copia de la carta de despido a folio 129, por otro lado, la parte demandada aporta a folio 131 la liquidación en la que se constata el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 CST por un valor de \$15.886.763, quedando así acreditada la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

Frente a la protección de estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de pre pensionado, esto es, próximo a adquirir el derecho a la pensión para la fecha en que se realizó el despido (2 de junio de 2017), la jurisprudencia le asigna la carga de la prueba al trabajador que le falte menos de 3 años para adquirir su estatus pensional en caso de que se frustre el reconocimiento de la pensión, tal como se constata en la sentencia SU 003 de 2018, de demostrar la existencia de vulneración de sus derechos fundamentales, situación que en un estudio del acervo probatorio no se logra demostrar, porque ni de los hechos de la demanda ni de las pruebas aportadas al plenario se deduce que el salario del demandante fuera su única fuente de ingreso, o que teniendo otros ingresos estos fueran insuficientes para vivir en condiciones dignas, tan solo lo afirma pero no lo prueba, aunado del interrogatorio por él absuelto se logra establecer que continuó trabajando *“con una compañía que presta también servicios en lo que se denomina la modalidad de “outsourcing” o asignación de recursos... está compañía me contrata para trabajar con un cliente que es el banco COLPATRIA, hoy ScotiaBank Colpatría.”*, al igual que su esposa, quien indica se encontraba laborando también para la fecha de su desvinculación.

Adicionalmente, es de anotar que la sentencia SU 003-2008 se encuentra destinada para aquellas personas *“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el*

¹ Sentencia T 229 DE 2017

cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez”, y en este caso según el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones, el señor Oscar Yecid Duque para junio de 2017 contaba con 1812.86, semanas más que suficientes para acceder al derecho pensional, tan solo le faltaba cumplir el requisito de edad que fue cumplida el 2 de septiembre de 2019 (fl.78), motivo por el cual Colpensiones a través de Resolución SUB 254024 del 16 de septiembre de 2019 reconoció la pensión de vejez al señor Oscar Duque a partir del 1 de octubre de 2019.

Aunado a lo anterior, no se puede desconocer que en todo contrato va envuelta la condición resolutoria como lo establece el artículo 64, y dado que el empleador hizo uso de dicha facultad, realizó el pago de la indemnización correspondiente, la cual no es cuestionada en el presente proceso y el demandante en su interrogatorio aceptó que le fue pagada.

Y frente al argumento que la desvinculación afectó el ingreso base de liquidación de la pensión, es de anotar que tal aspecto no es relevante respecto de la protección especial por la condición de prepensionado, que tenga como efecto el reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido.

Finalmente, aduce la apelante que en virtud a las facultades ultra y extra petita se debe analizar el motivo del despido, empero al respecto conviene precisar que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo consagra esa facultad para ser aplicada por los jueces de única y primera instancia, y no para la segunda instancia que está a cargo del Tribunal; de tal manera que el punto objeto de disenso no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia procesal, tal como se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicado 38700 de 2010.

Por las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas al tenor del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

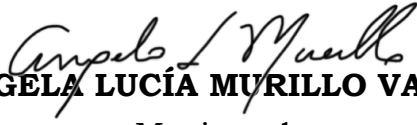
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

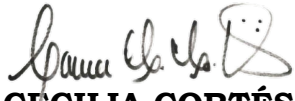
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JAQUELINE SANDOVAL ESTUPIÑAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00873 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la nulidad de la afiliación realizada el 22 de agosto de 1994 ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para que como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a tenerla como afiliada cotizante; a PORVENIR S.A., a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, al igual que los rendimientos que se hubieren causado; al pago de las costas y a lo ultra y extra petita (archivo 01 f.º 7-8)

Sustentó las pretensiones en que nació el 2 de febrero de 1962; que el 22 de agosto de 1994 se trasladó de régimen pensional a través de PORVENIR S.A.;

agregó que el asesor de dicho fondo le ofreció el beneficio de pensionarse a edad más temprana, con un valor de mesada pensional superior al que le ofrecería el ISS y que este iba a ser liquidado; finalmente, indicó que solicitó el traslado de régimen, sin embargo, las encartadas negaron su petición. (archivo 01 f.º 5 -7)

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que a la demandante en la etapa precontractual se le brindó información vezar, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, toda vez que en el expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que la actora fue inducida en error por parte de la AFP; adicionalmente, la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria y la actora no cumple con los requisitos de la SU-062 de 2010.

Presentó las excepciones 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, e innominada o genérica. (archivo 01 f.º 81-107)

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen pensional de la demandante es completamente válido, conclusión a la que se arriba en la medida que no aporta prueba que permita concluir que su traslado de régimen pensional se dio por incumplimiento del deber de información; además, la parte actora no prueba la existencia de un vicio del consentimiento, sumado a que suscribió el formulario de manera libre.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 03).

El A quo mediante providencia del 15 de febrero de 2021 (archivo 04), integró el contradictorio con **COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías**, quien al contestar la demanda, también se opuso a las pretensiones de la misma al considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (archivo 05)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de febrero de 2022, declaró 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 demandante el 22 de agosto de 1994 ante PORVENIR; ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado la señora JAQUELINE SANDOVAL ESTUPIÑAN, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; condenó en costas a las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de 3 smmlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación respecto de los siguientes puntos: la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, e incurre en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. El verdadero motivo de esta demanda radica en el valor de la mesada pensional, aunado a que la entidad es un tercero de buena fe que no podía oponerse al traslado; adicionalmente, solicitó se ordene la devolución de los gastos de administración y no se le condene a las costas.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandada PORVENIR y COLPENSIONES presentaron escritos de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar al dr GUSTAVO ENRIQUE MARTINEZ GONZALEZ identificado con C. C. No. 1.014.196.194 y T. P. No. 276.516 del C. S. de la J, como apoderado de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 28, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 2 de febrero de 1962
- A folio 29 historia laboral en COLPENSIONES que da cuenta que la actora cotizó un total de 74 semanas a esa administradora.
- A folio 39, formulario de solicitud de vinculación a Horizonte.

Archivo 03

- A folio 32, registro SIAFP.

Interrogatorio de parte a la demandante y a la representante legal de PORVENIR.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque el traslado se realizó de manera informada, la decisión vulnera el principio de sostenibilidad financiera y se incurre en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, adicionalmente, respecto de la decisión de condena en costas y la no condena por concepto de gastos administrativos.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de

Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria, al igual que los diferentes traslados entre administradoras.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la prohibición legal en la que se encuentra inmersa la demandante para regresar al régimen de prima media, y que la decisión del A-quo quebranta el principio de sostenibilidad financiera, es de anotar que le asiste razón al recurrente, en la medida que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo

al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada

uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Además de lo anterior, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte cuando manifestó en síntesis que quería devolverse porque en el RAIS se pensionaría con un salario mínimo, pero ello, no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el

juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018,

etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a

plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019)."

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

"En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación sobre los gastos de administración, es de anotar que en aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se adicionará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que COLFONDOS y PORVENIR deben trasladar a COLPENSIONES, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros que se encuentren a su disposición, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que descontaron durante el tiempo que estuvo vinculado la demandante en cada uno de ellos, sumas que deberán ser reintegradas debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 25 de febrero de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



DEMANDANTE: DOLLY JAZMÍN CORREA CARDOZO

DEMANDADO: LUZ DARY ANGARITA MURCIA Y COLOMBIA GOURMET S.A.S.

RADICADO: 11001 31 05 021 2018 00478 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 5 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la señora Luz Dary Angarita Murcia desde el 2 de febrero de 2015 y solidariamente responsable a la sociedad COLOMBIA GOURMET S.A.S., como consecuencia de ello, se condene a las demandadas al pago de la indemnización integral por daños patrimoniales, daño emergente y lucro cesante, daños extra patrimoniales, daño moral, daño a la vida de relación y daño a la salud, junto con las costas del proceso. (fl.263)

Como fundamento de las pretensiones, señaló que el 2 de febrero de 2015 suscribió contrato de obra o labor determinada para desarrollar labores de auxiliar administrativa y, en virtud de ello, en el restaurante del Centro de Alto Rendimiento atendía la caja, hacía pagos, ofrecía desayunos, almuerzos, refrigerios, entre otros, y comenzando el año 2015 fue trasladada al restaurante del Instituto de Recreación y Deportes.

El 21 de agosto de 2015, se encontraba desarrollando actividades en el casino del IDR y al dirigirse hacia la bodega de almacenamiento de insumos sobre las 12:30 pm en busca de unas servilletas sufrió un

accidente laboral, que consistió en una caída debido a que el piso se encontraba mojado y no contaba con señalización alguna u otras medidas de prevención en el trabajo.

En la Clínica Jorge Piñeros Corpas se realizó el diagnóstico primario que reveló trauma en mano y antebrazo izquierdo con fractura de radio y cúbito y luego de estar hospitalizada el 7 de agosto de 2016 se reintegró de nuevo a sus labores.

El 5 de diciembre de 2017, el encontrarse realizando labores en la cafetería del Centro de Alto Rendimiento se le cayó en la espalda una escalera, golpe que le ocasionó trauma lumbar con espasmo en región paravertebral.

La empleadora le exigió a la demandante trabajar todos los domingos del mes y compensar los días lunes, aun cuando en múltiples oportunidades se le manifestó que debido a la incapacidad que presentaba la trabajadora, no podía realizar ciertas actividades.

La señora Luz Dary Angarita radicó ante el Ministerio de Trabajo permiso para terminar el contrato de trabajo; el 7 de noviembre de 2017, la actora solicitó la intervención del Ministerio alegando acoso laboral e incumplimiento de obligaciones legales. (fl.251)

LUZ DARY ANGARITA MURCIA y COLOMBIA GOURMET SAS presentaron escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que la ARL POSITIVA en su oportunidad le cubrió a la actora la indemnización y, posteriormente, la pensión de invalidez, que además el contrato terminó en septiembre de 2019 por el reconocimiento que la ARL realizó de la pensión de invalidez.

Como excepciones de fondo presentó las que denominó pago, cobro de lo no debido, dolo y mala fe de la demandante, inexistencia de la presunta obligación, carencia de causa. (fl.341)

La llamada en garantía POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. señaló que no le constaban los hechos sobre los cuales se sostenían las pretensiones de la demanda.

Como excepciones de fondo presentó las que denominó ausencia de responsabilidad patronal en cabeza de la parte demandada - Ausencia de los elementos fundantes de la responsabilidad, pago y/o compensación, prescripción extintiva del eventual derecho o prestación reclamada y la genérica. (cd fl.388)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de abril de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 2 de febrero de 2015 a 30 de agosto de 2019, la existencia de culpa patronal en el accidente de trabajo ocurrido el 21 de agosto de 2015 y, como consecuencia de ello, condenó a la demandada Dolly Correa a pagar las siguientes condenas:

\$138.422.589 por lucro cesante en su modalidad de consolidado y futuro
\$10.000.000 por perjuicios morales
\$7.000.000 por perjuicios en la vida de relación
\$7.000.000 por daño en la salud

Declaró probada la excepción de ausencia de responsabilidad de Positiva Compañía de Seguros S.A., pleno cumplimiento de las obligaciones prestacionales de tipo económico y asistencial en favor de la trabajadora demandante, declaró probada de oficio la de inexistencia de la solidaridad a favor de Colombia Gourmet y declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la presunta obligación, cobro de lo no debido, pago, dolo y mala fe de la demandante y carencia de causa.

Absolvió a Colombia Gourmet de las pretensiones incoadas en su contra, absolvió a la llamada en garantía Positiva Compañía de Seguros S.A. y condenó en costas. (fl.440)

DEL RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDADA: i) el accidente se produjo por culpa de la trabajadora, no del empleador; el hecho de que la demandante se hubiere resbalado demuestra que fue negligente en su proceder y, por ello, el patrono no debe responder. La demandante no cumplía con las normas dadas por la Aseguradora y por la EPS; hay eximentes de responsabilidad de la culpa patronal. Si el testigo José Rodolfo Arias estaba haciendo el aseo el día del accidente y no colocó el aviso de que el piso estaba húmedo, fue entonces culpa de él (un tercero) y no del patrono. La trabajadora debía tener cuidado para evitar que se presentara el accidente.

ALEGATOS

En oportunidad los apoderados de las partes y la llamada en garantía presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso hay lugar a declarar la responsabilidad por culpa de la empleadora Luz Dary Angarita en la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido el 21 de agosto de 2015.

CONSIDERACIONES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 101 y 425, contrato individual de trabajo por obra o labor determinada.
- A folio 104, constancia expedida por Positiva S.A. el 21 de junio de 2018.
- A folio 105, respuesta emitida por Positiva a la accionante.
- A folio 107, autorización de pago a la demandante de indemnización por incapacidad permanente parcial.
- A folio 108, liquidación de indemnización por incapacidad permanente parcial.
- A folio 113, notificación de calificación de origen del accidente efectuado por SaludCoop EPS.
- A folio 114, formulario de dictamen para determinación de origen del accidente, enfermedad y muerte realizado por Salud Coop.
- A folio 116, formato de informe para accidente de trabajo del empleador o contratante realizado por Positiva.
- A folio 133, 167 a 230, 232 a 239 historia clínica de la actora.
- A folio 137, dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por Positiva.
- A folio 149, 153, recomendaciones realizadas por Positiva.
- A folio 152, restricciones laborales permanentes realizadas por “cindolor calidad de vida”.
- A folio 164 a 166, cambio de horario laboral a la actora.
- A folio 231, certificado de estado de rehabilitación para PCL expedido por Positiva S.A.
- A folio 314, certificación de afiliación a Positiva.
- A folio 317, pago por consignación repartido al Juzgado 12 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá.
- A folio 320, reporte de incapacidades médicas.
- A folio 324, respuesta de Positiva a solicitud de pensión de invalidez.
- A folio 326 a 328, declaraciones extra proceso.
- A folios 369, reconocimiento de pensión de invalidez a la demandante.

- A folio 370, notificación recalificación efectuada por Positiva S.A.
- A folio 371, dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por Positiva.
- Interrogatorio.
- Testimonios.

Caso concreto.

Para resolver pertinente resulta rememorar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17216 de 2014, en la que expuso que en Colombia la Ley 57 de 1915 vino a regular lo concerniente a los accidentes de trabajo, allí se estableció que el empleador era responsable de lo ocurrido a los operarios con motivo de las tareas encomendadas, y excluyó de tal carga cuando se comprobara la culpa del obrero o la fuerza mayor, el descuido, el ataque súbito de la enfermedad que lo privara de la fuerza física, o la violación a los reglamentos de la empresa; también se definió en dicha normativa la culpa, y se delimitó en ella la imprudencia o descuido, el arrojo innecesario, la embriaguez, la desobediencia de órdenes superiores y, en general, todo acto de desafuero del trabajador en contravía de lo dispuesto por su contratante. En ese orden, se tarifó un pago según el tipo de eventualidad que ocurriese, permitiendo la posibilidad de los empleadores de sustituir los riesgos a través de una «*sociedad debidamente constituida*», aspecto que luego fue regulado por las Leyes 32 de 1922 y 133 de 1931 (seguro colectivo obligatorio e indemnizaciones por accidente de trabajo).

El Decreto 2350 de 1944 reafirmó la responsabilidad de los empleadores en la compensación por las lesiones sufridas por causa de un accidente laboral, y la Ley 6ª de 1945 determinó, en su artículo 12, la fórmula indemnizatoria “*por culpa comprobada del patrono*”, pero fue el Código Sustantivo del Trabajo el que vino a determinar, por este largo periodo, la manera como se origina el resarcimiento de ese daño.

Por su parte, el art. 216 del C.S.T. delimitó la materia y mantiene su vigor pese a la posterior implementación del sistema general de seguridad social en riesgos profesionales, por ello, se ha diferenciado desde siempre esta regulación o reparación tarifada de riesgos, con la indemnización integral que emana de la culpa del patrono en el desarrollo del trabajo.

Pues bien, en este asunto no ofreció reparo alguno que entre la demandante y la señora Luz Dary Angarita Murcia existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 30 de agosto de

2019, así fue declarado por la juez de primera instancia y no fue objeto de apelación.

Tampoco que el cargo para el cual fue contratada fue el de auxiliar administrativa y que la señora Dolly Yazmín Correa Cardozo tuvo un accidente el día 21 de agosto de 2015.

La discusión planteada por el apoderado de la señora Luz Dary Angarita accionada, se centra en cuanto a la declaratoria de culpa patronal emitida por la juez de primera instancia, al considerar que el accidente ocurrido fue a causa de la negligencia de la demandante o por culpa de un tercero, más no de la empleadora.

Pues bien, para resolver lo anterior se analizarán las pruebas aportadas al proceso:

Respuesta emitida por Positiva S.A. en la que manifiesta que el 21 de agosto de 2015 se reportó a las 13:00 el siniestro N° 191843591 por la señora Luz Dary Angarita, refiriendo que “la trabajadora se encontraba pasando al área de almacenamiento, de repente resbala y cae golpeándose en la mano izquierda, presenta dolor fuerte, cargo auxiliar de oficios varios.” (fl.105 y 145).

Con ocasión de dicho siniestro, Positiva reconoce indemnización por incapacidad permanente parcial establecida en el art. 5 y 6 de la Ley 776 de 2002, autorizando un pago de \$9.200.388 correspondiente a la PCL 25.32% estructurada el 1 de octubre de 2015 (fl.107 y 108).

SaludCoop EPS notificó a la demandante el 17 de septiembre de 2015 el dictamen de pérdida de capacidad laboral para el accidente ocurrido el 21 de agosto de 2015, en el que se determinó el diagnóstico S528 fractura tercio distal de radio izquierdo no desplazada de origen laboral (fl.113).

Dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por SaludCoop el 10 de septiembre de 2015 (fl.114).

Formato de informe para accidente de trabajo del empleador o contratante realizado por Positiva S.A., el 21 de agosto de 2015, en el que se indica que la paciente tiene fractura de radio distal izquierdo, es inmovilizada con férula de yeso en pinza de azúcar, con dolor en la muñeca (fl.116).

Historia clínica de la accionante en la que consta el accidente padecido por la señora Dolly Jazmín Correa el 21 de agosto de 2015 (fl.137).

Formulario de calificación de pérdida de capacidad laboral elaborado por Positiva S.A. el 18 de abril de 2016 en el que se determina una PCL del 25.32% de origen profesional estructurada el 1 de octubre de 2015 (fl.137).

Recomendaciones efectuadas por Positiva S.A. el 9 de agosto de 2016 y 24 de agosto de 2017, en la que le indica a la señora Luz Dary Angarita que la demandante podrá “realizar tareas en planos de trabajo medios y bajo, evitar actividades donde requiera que los brazos sobrepasen el nivel del pecho, actividades que no impliquen movimientos repetitivos con sus miembros superiores,” entre otras (fl.149 y 153).

Restricciones laborales permanentes emitidas por “cindolor calidad de vida” el 13 de febrero de 2017, entre las que están realizar pausas laborales activas durante 10 minutos por cada hora de trabajo continuo, evitar el manejo de maquinaria de vibración, restricción para torcer toallas o trapeadores, etc., (fl.152).

Certificación expedida el 10 de enero de 2020 por Positiva S.A. en la que consta que el empleador Luz Dary Angarita Murcia se encuentra afiliada a Positiva en riesgos laborales, su estado es activo desde el 13 de mayo de 2011 y su actividad principal es otros tipos de expendio NCP de alimentos preparados con clase de riesgo 2 (fl.313).

Certificación expedida por Positiva el 4 de febrero de 2015, en que consta que el riesgo de la actividad principal de la persona natural demandada es de riesgo 1 (fl.314).

Comunicación de Positiva de reconocimiento de pensión de invalidez en monto equivalente al 60% del IBL del año 2015 (\$762.039), prestación reconocida a partir del 27 de agosto de 2019 (fl.369).

Dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por Positiva el 28 de mayo de 2019, a través del cual se determinó una PCL de 52.76% estructurada el 14 de marzo de 2019, a raíz del accidente sufrido por la actora el 21 de agosto de 2015 (fl.371).

Contrato individual de trabajo por obra o labor, en el que consta que la señora Dolly Correa fue contratada como auxiliar administrativa a partir del 2 de febrero de 2015.

Aunado a lo anterior, rindió interrogatorio la señora **LUZ DARY ANGARITA** en calidad de demandada como persona natural y como representante legal

de la empresa COLOMBIA GOURMET SAS, quien describió el sitio en donde ocurrió el accidente, señaló que el piso donde había ocurrido era corrugado, que no había ninguna señalización porque trabajando en comidas no podían trabajar con pintura en los pisos, dijo que la demandante siempre tuvo su dotación completa, siempre se les hacía la planilla para ver que se les entregaba. Indicó que a la 1 y 30 de la tarde el panadero estaba terminando sus labores y la gente sabía que si la puerta estaba cerrada era porque nadie podía entrar ya que el panadero estaba haciendo aseo.

Agregó que no remitió informe de investigación de accidente de trabajo a la ARL, que para año 2015 las personas y cargos de las cafeterías que tenía eran: 2 chefs, 1 panadero, 1 domiciliario, 2 trabajadores de línea, 1 auxiliar de cocina, 2 despachadores de cafeterías, 2 lava loza, 1 cajera y 1 auxiliar administrativa.

Rindió interrogatorio la señora **DOLLY JAZMÍN CORREA**, manifestó que tenía que estar en caja, hacer pagos a proveedores, recoger loza, llevar los almuerzos especiales a la mesa, surtir productos; que la única persona que estaba en el momento del accidente en 2015 era el señor José Rodolfo Arias, que ella se dirigió al fondo de la bodega, cuando iba más o menos en la mitad se resbaló y cayó sentada, don José la auxilió, la llevaron a la clínica Federman, le dijeron que ahí no podían atenderla porque no podían atender accidentes laborales, por eso la llevaron a la EPS de ella SaludCoop; que fue por los suministros de cafetería a esa bodega, eran las 12 y 30 del día y tenía entendido que el aseo se hacía cuando se acabara todo lo de la comida del restaurante.

Manifestó que “como” en 2017 le dieron dotación, en el año 2015 iba con la ropa que iba de la casa, la señora Luz Dary le dio una camiseta larga para que se la colocara encima de la blusa, dijo que la entrada a la bodega en donde se cayó era libre, se comunicaba la cocina con esa área de la bodega y siempre estuvo abierta la puerta; indicó que el horario del aseo era a las 4 de la tarde hasta que lo terminaran.

El señor **JOSÉ RODOLFO ARIAS GARCÍA** rindió su testimonio, dijo que conoció a la demandante en el trabajo, entró a trabajar en el 2014 hasta julio de 2018, frente al accidente dijo que había tres secciones, una en donde trabajaba solo en panadería, la otra era la cocina y la otra donde se armaban los refrigerios, al terminar ese día hizo el aseo, lavó el cuarto cuando la demandante entró porque iba a sacar algo, no se dio cuenta que el piso estaba mojado y se resbaló, gritó y él la ayudó a levantarse, luego vino más gente y la ayudaron y la llevaron al hospital. El piso estaba mojado porque recién había hecho aseo, no puso ningún letrero, como cada uno estaba en

su sección de trabajo no puso advertencias de nada, tampoco elementos para avisar que el piso estaba húmedo, su sección era pequeña. En ese momento no hubo letrero de nada, en ese momento no existían letreros de aviso, solo la advertencia verbal, no le dijo a la demandante que el piso estaba mojado, ella entró de sorpresa, de afán; si hubo capacitaciones a lo largo de la relación de cuidados en el trabajo, a la demandante no sabe si la capacitaron.

Agregó que todos los días no se lava la sección en donde se entregaban los refrigerios, a la panadería si le hacía aseo todos los días, todos entraban y salían y sacaban cosas. Había un día a la semana donde se hacía aseo general, pero en su lugar de trabajo si todos los días lo hacía, o sea en la panadería todos los días.

La señora **ANA CAROLINA OROZCO CORREA**, hija de la demandante, señaló que el 21 de agosto de 2015 estaba en el Sena cuando la había llamado la demandada a decirle que su mamá se había “jodido un brazo”, que la iba a llevar a la EPS y que le llevara ropa porque estaba mojada. El 25 de agosto de 2015 se logra la cirugía y se inició tratamiento de rehabilitación, duró como un mes con el brazo inmovilizado, actualmente debe ayudarla a vestirse, a bañarse; ahora la demandante es una mamá deprimida, antes se bañaba sola, ahora no, antes generaba ingresos porque bordaba, hacía eventos, ahora no. Le incrustaron en la espalda un neuroestimulador, tiene una pila adentro insertada en la espalda, otra afuera y esas tienen que unirse para que emitan corriente y la estimulen para que no sienta tanto dolor. Su mamá a veces duerme máximo 4 horas interrumpidas por el mismo dolor.

Rindió testimonio la señora **MARYORY FERNÁNDEZ**, quien señaló conocer a la demandante hace como 7 años, era su jefe, actualmente trabaja para Colombia Gourmet. Señaló que las capacitaban en alimentos, salud, limpieza, prácticas de manufacturas, las capacitaciones eran obligatorias, todos debían asistir, las capacitaban para indicarles cómo hacer un uso adecuado del uniforme, el uso del calzado, del cabello, se firmaban las asistencias, se hacían exámenes de esas capacitaciones, no recuerda si la demandante estuvo.

Bajo ese panorama, conviene recordar que cuando se trata de la indemnización plena por accidente de trabajo, es decir la contemplada en el artículo 216 del CST, es deber del trabajador o de sus causahabientes demostrar que los hechos que determinaron el daño se produjeron por culpa del empleador para obtener la prosperidad de sus pretensiones indemnizatorias.

También que de conformidad con los artículos 56 y 57 numeral 2 del CST, es deber esencial del empleador brindar seguridad a los trabajadores y proveerles los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o su integridad. Por eso el empleador para exonerarse de la responsabilidad contractual en caso de infortunio laboral, debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia, máxime en actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, donde si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma, sí comprometen un grado superlativo de diligencia y cuidado debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades. (Sentencias 48424 del 18 de julio de 2017, SL17026-2016 Radicación n.º 39333 del 16 de noviembre de 2016 y CSJ SL7181-2015 y CSJ SL, 7 oct. 2015, rad. 49681)

Frente a los accidentes de trabajo surgen dos clases de responsabilidades, la del sistema general de riesgos profesionales, que en caso de afiliación a la seguridad social, es esta la que responde por las contingencias que se presenten en el ejercicio laboral; y la otra, que surge del accidente de trabajo que se edifica en la culpa del empleador, quien tiene la obligación de indemnizar de acuerdo con la magnitud del daño que se produce al trabajador o a sus beneficiarios.

Descendiendo al caso objeto de estudio y según las pruebas aportadas y la jurisprudencia y normatividad citada, coincide la Sala con lo decidido por la juez de primera instancia en cuanto declaró que la señora Luz Dary Angarita incurrió en la culpa patronal prevista en el art. 216 del C.S.T.

A tal conclusión se arriba por cuanto no se acredita que tuvo diligencia para prevenir o evitar la ocurrencia del accidente acaecido el 21 de agosto de 2015; nótese como en el hecho 27 de la demanda (fl.255) la señora Dolly Correa manifestó que desempeñó funciones como “atención de caja en donde estaba encargada de recibir dinero correspondiente a la venta de desayunos, refrigerios, almuerzos, hacía pagos de pedidos de insumos, cancelaba también pagos a los empleados que hacían turnos, pagos de arreglos de equipos como neveras o estufas, pagos de servicios de meseros cuando se requerían para eventos, así mismo debía surtir las gaseosas, agua, jugos vasos, servilletas, cajas desechables de icopor, mezcladores, bolsas de azúcar, cubiertos desechables, entre otros.”

Ahora, al contestar la accionada dicha situación fáctica, indicó que ese hecho era parcialmente cierto, con la única salvedad que como la demandante era la encargada de entregar los dineros de las ventas, se había

“envolado” el dinero del día y sólo días después se había encontrado, sin embargo, no presentó inconformidad alguna respecto de las funciones desempeñadas por la señora Dolly Correa (fl.343).

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que entre las funciones desempeñadas por la actora, algunas se encontraban relacionadas con la provisión de insumos para la cafetería de propiedad de la accionada, motivo por el que al estar en constante circulación por el lugar de trabajo para mantener abastecida la cafetería, debía contar con la dotación adecuada para realizar los desplazamientos debidos, como por ejemplo el calzado apropiado para ello y en sí, los elementos de seguridad correspondientes para el desarrollo de la actividad.

Explicó el testigo José Rodolfo Arias, persona que estuvo presente en el momento en el que ocurrió el accidente a la demandante, que en la cafetería en donde trabajaban había tres áreas o secciones, *la primera* en donde se alistaban los refrigerios, *la segunda*, la panadería, trayecto en el que acaeció el accidente el 21 de agosto de 2015 y *la tercera* la bodega, sitio en que se encontraban los insumos y a donde se dirigía la actora el día del siniestro; manifestó el declarante que el 21 de agosto de 2015 al terminar su labor en la panadería le hizo el aseo a su sitio de trabajo incluyendo el piso, que lo había trapeado y no había puesto ninguna señalización respecto que el piso se encontraba mojado pues no contaba con dichas señales y nunca se las había dado su empleadora.

Agregó que vio cuando la señora Dolly Correa a mitad del pasillo, es decir en el área de panadería se había resbalado y al poner su mano izquierda todo el peso de su cuerpo había caído en dicha extremidad, por lo que procedió a ayudarla y llegaron más personas pues la accionante manifestaba sentir mucho dolor en la mano izquierda.

Por su parte, la señora Luz Dary Angarita al absolver interrogatorio indicó que la demandante “siempre tuvo su dotación completa, siempre se les hacía la planilla para ver qué se les entregaba”, empero ninguna prueba al respecto aportó, ni de las planillas que dice firmaban los trabajadores, y tampoco algún medio que pruebe la entrega de dotación o elementos de seguridad a la accionante.

Ahora, conforme lo señalan los numerales 1º y 2º del artículo 57 del CST, los empleadores deben “Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y

enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».”

Así mismo, el artículo 348 ibídem preceptúa que “toda empresa está obligada a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores”, lo cual guarda plena armonía con las disposiciones que en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad. (Artículo 2º Resolución n.º 2400 de 1979). (Sentencia SL1565 de 2020)

Ahora, si bien la testigo Maryory Fernández indicó que los capacitaban en alimentos, salud, limpieza, prácticas de manufacturas, que las capacitaciones era obligatorias, todos los trabajadores debían asistir, los capacitaban para indicarles cómo hacer un uso adecuado del uniforme, el uso del calzado, del cabello y se firmaban las asistencias, más allá de su dicho no se acreditaron dichas circunstancias.

Señala el apelante que el accidente se produjo por culpa de la trabajadora, pues el hecho de que se hubiere resbalado demuestra que fue negligente en su proceder, sin embargo, contrario a ello considera la Sala que, como se vio, la demandante aparte de no contar con la dotación pertinente para desempeñar su labor, tampoco tenía cómo saber que el piso estaba mojado, ya que el testigo y quien trapeó el piso ese día, señaló que no había puesto ni ese día y tampoco ningún otro día alguna señalización que permitiera darle a conocer a los trabajadores que el piso se encontraba húmedo o mojado, y no es como lo señala el apoderado de la demandada que fue culpa del señor José Rodolfo Arias no haber puesto un aviso que indicara que el piso estaba húmedo, porque el testigo señaló que dicho elemento no le había sido entregado, de tal manera que al ser la obligación de proveer todos estos instrumentos de prevención y seguridad del empleador y no de los trabajadores, no se puede desvirtuar esa responsabilidad ni con la culpa exclusiva de la víctima ni del hecho de un tercero.

Aunado a ello, recuérdese que tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3176 de 2021 en la que rememoró las sentencias CSJ SL9355-2017 reiterada en la CSJ SL4231-2018 y SL4397-2020, *“no puede trasladarse al trabajador la obligación del empleador encaminado a procurar medidas y elementos adecuados de protección contra accidentes, en forma que garantice*

razonablemente su seguridad tal y como lo exige el numeral 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo. De ahí que tampoco resulte acorde a la filosofía tuitiva del derecho laboral, excusar la responsabilidad patronal en la posible incuria del trabajador, cuando como en el sub lite se tiene plenamente demostrada la omisión de protección por parte del empresario.”

Y si en gracia de discusión se aceptara la hipótesis planteada por el apelante, lo cierto es que al confluir simultáneamente una evidente falta de diligencia y cuidado por parte del empleador, la responsabilidad de este último no desaparece porque en materia laboral la concurrencia de culpas no es un eximente, así lo ha expuesto la CSJ en sentencias SL5463-2015, CSJ SL9355-2017, CSJ SL2824-2018, CSJ SL1911-2019, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL2335-2020 CSJ SL5154-2020.

En el caso contemplado por el recurrente relativo a que el accidente fue por un hecho exclusivo de la víctima no aplica en este asunto, pues solo tendría la capacidad de romper el nexo causal si la empleadora hubiese demostrado que el accidente se habría presentado aun de no haber concurrido su omisión en la entrega de dotación para realizar la tarea impartida, lo que no sucede en este caso, porque precisamente, como se explicó, el accidente tuvo una estrecha relación causal con el descuido de la señora Luz Dary Angarita de no haberle suministrado a la señora Dolly Jazmín Correa el calzado y en general, los elementos de seguridad adecuados para el desempeño de su labor.

La Corte Suprema de Justicia también tiene adoctrinado que “*cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores*». (Sentencia CSJ SL7181-2015).”, empero como ello no ocurrió en este caso pues ninguna actividad probatoria al respecto fue desplegada por la señora Luz Dary Angarita, pertinente resultar confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró que el empleador del actor incurrió en la culpa patronal dispuesta en el art. 216 del C.S.T.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OBDULIO DÍAZ ALARCÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES -

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2020 00433 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de las partes respecto de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez desde diciembre de 2014 en virtud del acuerdo 049 de 1990, que los tiempos cotizados desde junio de 2014 hasta noviembre de 2014 deben tenerse en cuenta en la historia laboral y, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones al pago de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación, costas y agencias en derecho (fl.8 archivo 06).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 30 de noviembre de 1951, cumplió 60 años el 3 de noviembre de 2011, a 25 de julio de 2005 contaba con 834 semanas cotizadas y a 1 de julio de 2014 con 1019 semanas reuniendo tiempo público y privado, y aunque ha reclamado el derecho a la pensión Colpensiones se ha negado con fundamento en que no cumple los requisitos para ello.

El actor inició proceso ordinario laboral en contra de COLPENSIONES, proceso que se adelantó en el Juzgado 10 Laboral de Circuito de Bogotá, el

cual culminó el día 3 de octubre de 2018 con sentencia absolutoria en favor de la demandada.

El 1° de abril de 2019, pagó mediante la planilla M los aportes correspondientes a la seguridad social de los periodos 2014- 09, 2014-10, y 2014-11, como trabajador independiente, sin embargo, Colpensiones no ha efectuado la corrección de la historia laboral.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990 para ser beneficiario de una pensión de vejez, como se le ha manifestado en los diferentes actos administrativos tendientes a resolver el derecho pensional.

Presentó las excepciones de fondo que denominó cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl.3 archivo 12 expediente digital)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de abril de 2022, declaró probada parcialmente la excepción de cosa juzgada y probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Colpensiones. Absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas, y condenó en costas a la demandante, fijó como agencias en derecho la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

DEMANDANTE i) en la historia laboral aparece que el actor si se afilió en calidad de independiente en la fecha 01/10 de 2010, y realizó cotizaciones en calidad de independiente hasta el 2014, **ii)** COLPENSIONES no manifestó ni refutó los pagos, simplemente no los sumó, pero no refutó los pagos y

tampoco que el actor no tuviera la calidad de independiente, por lo que solicita se tenga en cuenta la figura del allanamiento a la mora.

DEMANDADA: i) existe cosa juzgada además porque el actor inició una acción constitucional bajo el radicado 2020-114 en el Juzgado 16 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, se profirió sentencia el 8 de junio de 2020 mediante la cual negó el amparo, presentó impugnación y el Tribunal Administrativo Sección Segunda Subsección, mediante la sentencia de 6 de julio, revocó la sentencia proferida por el Juzgado 16 del Circuito Judicial de Bogotá y concedió el amparo.

ALEGACIONES

La apoderada de Colpensiones presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada sobre la totalidad de las pretensiones; en caso negativo, si se debe tener en cuenta el periodo cotizado por el accionante comprendido entre septiembre y noviembre de 2014 para el reconocimiento de la pensión, aplicando para ello el régimen de transición consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Pruebas relevantes

Carpeta 01

- A folio 17, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 3 de mayo de 1951.
- A folio 18, resolución GNR 433104 de 20 de diciembre de 2014.
- A folio 23, resolución GNR 136508 de 11 de mayo de 2015.
- A folio 28, reporte de semanas cotizadas.
- A folio 34, certificación de salarios mes a mes Formato N° 3.
- A folio 41, certificado de información laboral Formato N° 1.
- A folio 44 a 52, Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes y comprobantes de pago.
- A folio 53, acción de tutela.
- A folio 61, fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda –Subsección 7-.
- A folio 79, respuesta emitida por Colpensiones el 24 de julio de 2020.

Carpeta 12

- A folio 20, 39, 116, 134, reporte de semanas cotizadas.
- A folio 47, auto de fecha 6 de septiembre de 2019 proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.
- A folio 53, sentencia emitida por el Juzgado Décimo Laboral el 3 de octubre de 2018.
- A folio 54, sentencia proferida el 6 de agosto de 2019 por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal de Bogotá.
- A folio 81, respuesta emitida por Colpensiones en acción de tutela 2020-114.
- A folio 98, actuaciones proceso de cobro coactivo administrativo DCR 2021-014392.
- A folio 112, respuesta de Colpensiones de fecha 30 de octubre de 2019.
- A folio 179, auto admisorio en acción de tutela proferido por el Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá.
- A folio 209, certificación de afiliación a Colpensiones.
- A folio 484, resolución VPB 56993 de 14 de agosto de 2015.
- A folio 511, auto de fecha 17 de septiembre de 2019 proferido por el Juzgado Décimo Laboral de este Circuito.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

Cosa juzgada

En este asunto, señaló la apoderada de Colpensiones que se configura la excepción de cosa juzgada frente a la totalidad de las pretensiones, en la medida que además del proceso ordinario laboral tramitado ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el demandante interpuso acción de tutela.

Respecto del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, que *“la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias.”*¹

¹ CSJ. Cas. Laboral. Sent. 36910 del 7 de julio de 2009

Para que se estructure dicho fenómeno, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud de la remisión contenida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala los presupuestos o elementos que deben acreditarse para que se configure la cosa juzgada, los que han sido estudiados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral Sentencias SL3441-2019 - Radicación n.º 71027 de 21 de agosto de 2019 y SL4168-2019 -Radicación n.º 67752 del 2 de octubre de 2019, entre otras:

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

Elementos que para su procedencia tal como lo ha mencionado la H. Corte Suprema, tienen un límite objetivo y otro subjetivo desarrollado así:

“1) El objetivo. Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones. En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,

2) Límite subjetivo, relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.

De tal manera que si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada...”²

La misma Corporación en sentencia SL3649 de 7 de julio de 2021 señaló:

² CSJ. Cas. Laboral. Sent. 20998 del 12 de noviembre de 2003

“Vale la pena advertir, por otra parte, que no por el hecho de que en la actual demanda se hubieran incluido diferencias sutiles respecto de la anterior, particularmente en torno al tipo de despido acaecido o de sus características, se torna dificultoso constituir los elementos esenciales de la cosa juzgada, pues, como lo ha adocinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción, no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable (CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819, GJ CCLVI, n.º 2495, pág. 146-154, CSJ SL17406-2014 y CSJ SL12686-2016).”

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado la importancia de la inmutabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales, so pena de resquebrajar el principio de seguridad jurídica, en la medida que se podría generar una situación de permanente incertidumbre respecto de la forma como se han de decidir los conflictos. *“(...) el valor de cosa juzgada de que se rodean las sentencias judiciales y la inmutabilidad e intangibilidad inherentes a tales pronunciamientos, pues de no ser así, esto es, de generarse una situación de permanente incertidumbre en cuanto a la forma como se han de decidir las controversias, nadie sabría el alcance de sus derechos y de sus obligaciones correlativas y todos los conflictos serían susceptibles de dilatarse indefinidamente. Es decir, el cuestionamiento de la validez de cualquier sentencia judicial resquebrajaría el principio de seguridad jurídica y desnudaría la insuficiencia del derecho como instrumento de civilidad (...)”* (sentencia T-614 de 2011).

De tal manera que la razón de ser de la institución denominada cosa juzgada está en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica.

De acuerdo con los conceptos normativos y jurisprudenciales anteriormente referidos aplicados al caso Sub Examine, advierte esta Sala que para que se configure la cosa juzgada es menester que se trate de las mismas partes, la misma causa y el mismo objeto, pero no sólo analizado desde el punto de vista de la demanda y su contestación, sino que implica además un análisis detenido de todos los problemas jurídicos desarrollados al interior del proceso y las resoluciones judiciales que los desataron.

Es que como lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3649 de 2021, *“no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable...”*

Descendiendo al caso objeto de estudio y una vez revisada la audiencia celebrada el 3 de octubre de 2018 por el Juzgado Décimo Laboral de este Circuito (archivo 20), concluye la Sala que se dan los elementos para que, de manera parcial, se configure la excepción de cosa juzgada por lo siguiente:

En el proceso tramitado ante el Juzgado Décimo Laboral de este Circuito identificado con la radicación 2017-00573 intervinieron como partes el señor Obdulio Díaz Alarcón y Colpensiones, el primero de ellos ostentando la calidad de demandante y la segunda como demandada, mismas partes de este proceso laboral, es decir, se acredita la **identidad de partes**.

Ahora, en uno y en otro proceso se indicó que el demandante nació el 3 de mayo de 1951, cumplió 60 años de edad el 3 de mayo de 2011, a 1 de abril de 1994 contaba con 43 años de edad, a 25 de julio de 2005 tenía 834 semanas cotizadas, a 1 de julio de 2014 contaba con 1019 semanas reuniendo tiempo público y privado, reclamó la pensión de vejez el 5 de septiembre de 2014, prestación que le fue negada a través de resoluciones GNR 433104 de 20 de diciembre de 2014 y GNR 136508 de 11 de mayo de 2015 y también en ambos procesos se mencionó que el actor tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez acumulando tiempos públicos y privados como lo permite la sentencia SU 769 de 2014; en conclusión, la **identidad de causa** también resulta demostrada.

Pero no sucede lo mismo respecto a la **identidad de objeto**, en virtud a que *si bien es cierto* en los dos procesos se solicita el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 computando tiempos públicos y privados, intereses moratorios e indexación, *no menos cierto es* que en el proceso de la referencia se incluye una nueva pretensión, cual es “declarar que los tiempos cotizados desde junio de 2014 hasta noviembre de 2014 deben tenerse en cuenta en la historia laboral por ser una deuda de mi representado al sistema de seguridad social en virtud de la Ley 797 de 2003” (fl.9 archivo 06), solicitud que no fue analizada por la Juez Décima Laboral de este Circuito en la pretérita oportunidad procesal y, por ello, si resulta posible analizar en este asunto ese tópico en especial.

Ahora, señala la apoderada de Colpensiones que existe cosa juzgada debido a que el actor presentó acción de tutela que ya fue fallada por autoridad judicial, frente a ello la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso en sentencia SL.5375 de 2018 lo siguiente:

“Antes, resulta útil memorar la sentencia CSJ SL15882-2017, que regló que la cosa juzgada que emana de una sentencia de tutela irradia en el proceso ordinario y por ello la controversia allá definida en forma definitiva, no puede ser revivida, salvo las excepciones contempladas en la ley. Así se explicó:

...La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida.

...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.”

En este asunto se encuentra que el demandante interpuso acción de tutela contra Colpensiones (fl.53 archivo 01), solicitando la corrección de historia laboral por haber pagado los periodos de septiembre a noviembre de 2014 en abril de 2019 y, como consecuencia de ello, se condenara al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Repartida la acción correspondió su conocimiento al Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, y, a través de decisión de 8 de junio de 2020, negó el amparo constitucional por improcedente.

Por impugnación del actor, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección 7 (fl.61 archivo 01) a través de sentencia de 10 de julio de 2020 resolvió:

“PRIMERO: CONCEDASE el amparo del derecho fundamental de petición, a la seguridad social y habeas data del actor, de conformidad

con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENASE al Director de la Administradora Colombiana de Pensiones — COLPENSIONES, o quien haga sus veces, que en un término no mayor a cinco (5) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, decida de forma clara, precisa y de fondo la solicitud elevada por el actor, el 25 de septiembre de 2019 tendiente a obtener la corrección de su historia laboral, informando de manera clara y de fondo: i) el sustento jurídico en el que se basa para negarse a tener en cuenta los ciclos de las semanas de septiembre, octubre y noviembre de 2014, a pesar que el accionante afirma haber pagado los intereses correspondientes, ii) cuales inconsistencias debe arreglar para subsanar el pago iii) si cumple, o no, los requisitos para aplicar el pago a ciclos posteriores y las consecuencias de tal aplicación.”

Bajo ese panorama, no es posible declarar probada la excepción de cosa juzgada frente a este aspecto, en la medida que el juez constitucional no analizó de fondo y de manera definitiva el derecho del señor Obdulio Díaz Alarcón respecto a si debía o no corregirse su historia laboral incluyendo los periodos de septiembre a noviembre de 2014 pagados en abril de 2019, lo que decidió el juez de tutela fue amparar el derecho de petición invocado y ordenarle a la entidad demandada en este proceso que respondiera de fondo la solicitud elevada el 25 de septiembre de 2019.

Por lo anterior, el 24 de julio de 2020, Colpensiones en cumplimiento a la acción de tutela le respondió al accionante que no era posible tener en cuenta los tiempos pagados toda vez que se habían realizado de manera extemporánea (fl.79 archivo 01).

De lo expuesto, se colige que **no se dan los presupuestos para declarar probada la excepción de cosa juzgada de manera total** como lo pretende la parte recurrente.

Pensión de vejez

Superado el tema de la cosa juzgada y al revisar si se debe tener en cuenta en la historia laboral los meses cotizados por el accionante de manera extemporánea, encuentra la Sala que si es posible por cuanto *si bien es cierto* ha sido postura de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, que el aporte extemporáneo del trabajador independiente se reputa hecho al mes siguiente a su pago, lo anterior en virtud a que conforme a lo establecido en el art. 15 de la Ley 100 de 1993 los trabajadores independientes no tenían

la calidad de afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones (sentencia SL5387 de 29 de noviembre de 2021 radicado 78942), *no menos cierto* es que puntualmente la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T-377 de 2015 se pronunció por primera vez sobre los efectos de las cotizaciones extemporáneas que los trabajadores independientes realizaban y cómo debían verse reflejadas en su historia laboral, señalando al respecto lo siguiente:

*“No obstante lo expuesto en forma antecedente, la Sala estima **indispensable** insistir en que, como se ha indicado hasta ahora, la obligación de los trabajadores independientes de vincularse al sistema de seguridad social **surgió** tan solo desde el momento de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y, por ello, en razón a que su participación dentro del sistema, con anterioridad a esta fecha, era eminentemente voluntaria, la omisión en que un trabajador independiente hubiera podido incurrir previamente a este momento de pagar los aportes que haya tenido la posibilidad de realizar, no puede constituir incumplimiento ni deuda alguna.*

Por lo anterior, la aplicación retrospectiva del Decreto 3085 de 2007 y la correlativa posibilidad de efectuar pagos con efectos retroactivos por parte de los trabajadores debe entenderse limitada por la existencia de la obligación de pertenecer al sistema, la cual surgió con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.”

Fundamentos jurídicos de dicha decisión que fueron reiterados y explicados en la sentencia T-501 de 2018 y T-150 de 2017, última decisión en la que se dijo:

“Dentro de sus consideraciones, la Sala señaló que el artículo 7 del Decreto 3085 de 2007 no prevé ninguna clase de condicionamiento temporal y se limita a establecer en abstracto que se generaran intereses de mora ante el incumplimiento del trabajador independiente en efectuar el pago de sus aportes en el momento dispuesto para ello. Lo anterior, por cuanto desde una interpretación exegética y literal de la norma, resulta claro que los trabajadores independientes que incumplan con el pago de sus obligaciones con el sistema podrán ponerse al día con su deuda, y además como producto de una interpretación ad-contrarium, no se estima evidente que la autoridad administrativa que reglamentó la materia hubiera pretendido excluir expresamente la posibilidad de que esta misma prerrogativa fuera aplicada a quienes tenían la obligación de cotizar desde la vigencia de la Ley 797 de 2003 y

omitieron dicho deber con anterioridad al Decreto 3085 de 2007; prohibiendo de esa forma que les fuera posible saldar su deuda y poner fin a la obligación que en su momento desacataron.”

En este caso, se observa que los periodos solicitados a tener en cuenta corresponde a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014 (es decir, tiempos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003), cotizaciones que fueron pagadas el día 1 de abril de 2019 tal y como se observa a folios 43 a 51, en que además de la cotización correspondiente también se canceló los intereses de mora tal y como lo dispuso la Corte Constitucional en las sentencias ya citadas y como lo prevé el Decreto 3085 de 2007.

Así las cosas, sí es posible tener en cuenta en la historia laboral del accionante ese tiempo cotizado como trabajador independiente, pues contrario a lo señalado por la juez el que el señor Obdulio Díaz hubiere registrado pagos en el régimen subsidiado a partir de octubre de 2010 de manera intermitente hasta agosto de 2014, ese hecho per sé no significa que para septiembre a noviembre de ese mismo año no hubiere ostentado la calidad de trabajador independiente, pues precisamente en dicha calidad fue que pagó y no se aporta prueba que desvirtúe tal situación.

En esa dirección, como lo que no quedó cobijado con el fenómeno de la excepción de cosa juzgada fue la pretensión de *“declarar que los tiempos cotizados desde junio de 2014 hasta noviembre de 2014 deben tenerse en cuenta en la historia laboral por ser una deuda de mi representado al sistema de seguridad social en virtud de la Ley 797 de 2003”* (fl.9 archivo 06), y al haberse acreditado el pago de los meses de septiembre a noviembre de 2014, aun de manera extemporánea, pasa la Sala a revisar si con la inclusión de dicho periodo el actor como beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

En este punto, se resalta que la Juez Décima Laboral de este Circuito en sentencia del 3 de octubre de 2018 en el proceso 2017-00573 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA *la excepción de inexistencia de las obligaciones por falta de causa y título para pedir propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en consecuencia, absolver a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra...*

Con ello se tiene que al haber declarado probada la excepción antes citada, resulta posible dar aplicación a lo dispuesto por el numeral 3° del art. 304 del C.G.P., en cuanto a que no constituye cosa juzgada la sentencia que declare probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento; en esa medida, debido a que en dicho proceso no se estaba solicitando la inclusión del periodo de septiembre a noviembre de 2014 y por tanto en aquel los requisitos para el reconocimiento pensional no se satisfacían, deberá analizarse ahora la adición de tales tiempos para verificar si en este momento ya se acreditan los requisitos para acceder al derecho pensional solicitado.

Al respecto, se encuentra que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto. Dicho régimen fue limitado por el acto legislativo 01 de 2005, en el parágrafo cuarto, hasta el 31 de julio de 2010 y, excepcionalmente, se extendió hasta el año 2014 para las personas que tuvieran a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo 750 semanas cotizadas.

Revisadas las pruebas respecto del marco normativo anterior, se observa que el demandante, en efecto, al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad (fl.17 archivo 1), siendo así beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993; aunado a ello, cumplió el requisito de los 60 años de edad el 3 de mayo de 2011 porque nació el mismo día y mes del año 1951, tal como se constata en la copia de la cédula de ciudadanía.

Revisado el acervo probatorio, si bien el demandante cumplió el requisito de edad antes de la fecha límite de expiración del régimen de transición para el reconocimiento de la pensión, lo cierto es que para el año 2010 no contaba con 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo ni 500 semanas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Por lo anterior, le corresponde al señor Obdulio Díaz cumplir con el requisito de 750 semanas antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2005 para extender el régimen hasta el año 2014.

Luego del estudio de las pruebas aportadas al expediente, se logra establecer que el demandante acreditó un total de 834.71 semanas a la entrada en

vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 - 29 de julio de 2005, lo que permite colegir que extendió el régimen de transición hasta el año 2014.

Conforme a esto, el derecho pensional del demandante puede ser definido por la Ley 71 de 1988, en la medida que cuenta con aportes en cajas de previsión social (fls.34 archivo 01) y aportes al ISS (fl.20 archivo 12)

Así las cosas, al efectuar el conteo de semanas teniendo en cuenta el tiempo establecido por Colpensiones en la resolución GNR 136508 de 20 de 11 de mayo de 2015 (fl.23 archivo 01), esto es, un total de 1019 semanas entre tiempos de servicio público y privado, más el periodo reconocido en esta sentencia de septiembre a noviembre de 2014, o sea 12.87 semanas, arroja un total de **1031.87 semanas**, densidad suficiente para el reconocimiento de la pensión consagrada en la Ley 71 de 1988, ya que mediante sentencia SL9088 de 2015 radicación 51822, se ha indicado que 20 años corresponde a 1028,57 semanas.

De ahí que el demandante tenga derecho al reconocimiento de la pensión bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 y para determinar la fecha de su reconocimiento deberá analizarse la **excepción de prescripción** que oportunamente presentó Colpensiones.

En este asunto particular, como se vio, para el año 2014 se causó el derecho a la pensión de vejez como quiera que el actor cumplió la edad y las semanas requeridas para pensionarse, empero el derecho se hizo exigible tan solo hasta el **4 de abril de 2019** que fue cuando el accionante pagó las cotizaciones que debió realizar en septiembre, octubre y noviembre de 2014.

Ahora, luego de haber efectuado ese pago **el demandante reclamó el derecho a la pensión el 25 de septiembre de 2019** (fl.79 archivo 01) y presentó la **demanda el 23 de noviembre de 2020** (archivo 02), se podría indicar que las mesadas anteriores al 25 de septiembre de 2016 se encontrarían prescritas, sin embargo, dado que las mesadas solo son exigibles a partir del 4 de abril de 2019 que acreditó el cumplimiento de los requisitos, las mesadas pensionales solo pueden ser reconocidas a partir de esta última fecha.

De lo antedicho, se condenará a la demandada al pago de la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 a partir del 4 de abril de 2019 en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para dicha fecha.

Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, los intereses de mora proceden cuando los Fondos encargados de reconocer la pensión no atienden la solicitud dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de la solicitud del afiliado con la documentación completa.

La misma Corporación se ha referido sobre la moderación de la aplicación de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. (Sentencia SL-787-2013 con radicación 43602, reiterada en las sentencias emitidas en los procesos 44526, 44454, y 45312), como por ejemplo cuando el reconocimiento que se realiza es por aplicación de la jurisprudencia.

Es así como en sentencia SL4794 de 2019 señaló: "...si bien es cierto la Sala no ha gravado a las administradoras en algunos casos excepcionales por el referido concepto, esto ha obedecido a casos puntuales, entre los cuales se pueden enunciar las pensiones no reguladas por la Ley 100 de 1993 por cambio de criterio jurisprudencial (SL4650-2017), la nulidad por traslado de régimen (SL1688-2019), cuando al elevar la solicitud a la entidad no se cumplen los requisitos (SL37047-2018), en los casos de controversia entre beneficiarios..."

Descendiendo al caso objeto de estudio, evidencia la Sala que no procede la condena por concepto de intereses moratorios en virtud a que cuando el demandante reclamó en primer término la pensión de vejez (5 de septiembre de 2014 fl.18 archivo 01) no cumplía con los requisitos para pensionarse, por ello hizo bien la Administradora en negarle el derecho a través de Resolución GNR 433104 de 20 de diciembre de 2014.

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta que el actor no pagó oportunamente las cotizaciones que como trabajador independiente debía realizar para los periodos de septiembre a noviembre de 2014 y, además, no debe olvidarse que el reconocimiento pensional que con esta decisión se efectúa es en aplicación del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional que permitió la aplicación retroactiva de los pagos realizados por los trabajadores independientes de los periodos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Situaciones anteriores que permiten exonerar a la Administradora de Pensiones del pago de intereses moratorios y, debido a ello, en su lugar, se condenará a la demandada al pago de la pensión debidamente indexada a la fecha de su pago.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por el resultado del recurso de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Colpensiones.

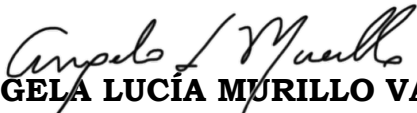
SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la decisión de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar en favor del señor Obdulio Díaz Alarcón la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, a partir del 4 de abril de 2019 en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, cuyo retroactivo debe ser debidamente indexado a la fecha de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de COLPENSIONES y se revoca la condena a cargo de la parte demandante contenida en el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CLARA INES RINCON PEDRAZA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2021 00525 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada a Colfondos el 1 de octubre de 1997 y a Porvenir el 27 de junio de 2012, en tanto que no se le informaron las desventajas de dicho traslado; para que, como consecuencia de lo anterior, se declare que tiene derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Adicionalmente, solicitó se condene a **Porvenir** a que proceda de manera inmediata a trasladar con destino a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se le hayan efectuado; junto con los rendimientos causados, al igual que las diferencias de las mesadas pensionales.

Se condene a **Colpensiones** a recibir los dineros depositados en la cuenta individual y los rendimientos generados; a que proceda a afiliarla nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, a actualizar la historia laboral, a la indexación, los intereses moratorios, los reajustes correspondientes, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (archivo 001 f.º 122- 124)

Sustentó las pretensiones en que nació el 20 de agosto de 1963; que en junio de 1996 se trasladó del régimen pensional como consecuencia del engaño que sufrió por parte de uno de los asesores de Colfondos quien el 10 de octubre de 1997 lo afilió a dicho fondo; agregó que Colfondos omitió suministrar una información transparente, clara y veraz respecto de dicha decisión; agregó que el 27 de junio de 2012 se trasladó a Porvenir quien también faltó a su deber legal de información. (archivo 001 f.º 124-126)

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, porque que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993; aunado a lo anterior, la parte actora no aporta prueba que permita indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 007)

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad es plenamente válida dado que no se probó falta al deber de información en la afiliación, puesto que, que la demandante nunca dejó de cotizar, y no se observa que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional y no obra dentro del expediente prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; las documentales dan cuenta que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Adicionalmente, la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de

conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (archivo 008 y archivo 012 subsanación)

COLFONDOS al contestar la demanda, también se opuso a las pretensiones de la misma al considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

La parte actora no aportó elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esa AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, sumado a que la demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago e intereses moratorios. (archivo 010)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 20 de mayo de 1994, y como consecuencia de lo anterior, declaró para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por ende, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenó a PORVENIR S.A trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus

correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES; ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas; igualmente ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y Colfondos S.A, efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones; declaró no probadas las excepciones formuladas y condenó en costas a las demandadas fijando como agencias en derecho cada una de ella la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

COLPENSIONES: la decisión no tiene en cuenta que el motivo del proceso es la inconformidad con la posible mesada pensional; la demandante se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal por manera que no podía ordenarse su regreso al régimen de prima media con prestación definida; y las costas del proceso.

PORVENIR S.A. i) cumplió con el deber de información de acuerdo con la norma vigente, ii) no se acreditan los requisitos para declarar la ineficacia de la afiliación, al no evidenciarse conductas de carácter doloso; iii) la actora suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, iv) no procede la devolución de los gastos de administración ni la declaratoria que faculta a Colpensiones para obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación de la demandante.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron sendos escritos de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar al dr NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS identificado con la C.C. 1.018.469.231 y T.P. 365.094 como apoderado de PORVENIR.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si hay lugar a la devolución de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- Cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 20 de agosto de 1963.
- Reporte semanas cotizadas a COLPENSIONES, 422,29 semanas.
- Formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS en octubre de 1997.
- Formulario de solicitud de vinculación a HORIZONTE en mayo de 1994 y a PORVENIR en junio de 2012.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Historia laboral bono pensional.
- Comunicados de prensa.
- Registro SIAFP.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorios de parte a la demandante y a los representantes legales de Colfondos y Porvenir.

Caso Concreto

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 31 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 422.29 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Horizonte de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por la actora en el interrogatorio de parte.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de

conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del apoderado de PORVENIR de que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia regulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto,

o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y en la suscripción del formulario de vinculación, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, respecto del argumento presentado por Colpensiones relacionado con que el A-Quo desconoció que la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad; y con mayor razón

cuando ya se tienen cumplidos los requisitos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con solidaridad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su*

carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Además de lo anterior, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de

la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte cuando manifestó en síntesis que quería devolverse porque en el RAIS se pensionaría con un salario mínimo, pero ello, no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección,

coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo

cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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.

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de Porvenir respecto de la condena de devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que su aplicación deriva del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En otro giro, en cuanto al recurso de apelación relacionado con declaratoria que faculta a Colpensiones para obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar, es de anotar que dicha posibilidad contribuye a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema en

cabeza de Colpensiones quien en virtud de esta decisión tendrá la obligación de asumir la pensión de la demandante.

Finalmente, y en relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.

DEMANDADO: NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL HOY ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2015 00459 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADRES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a la demandada al pago de 378 solicitudes de recobro que corresponden a 697 ítems, por concepto de servicios no POS, en cuantía de \$346.996.418, junto con los gastos administrativos, los intereses moratorios previstos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, la indexación y las costas y agencias en derecho. (f.º 6 a 7 archivo exp 2015-00459 fl 1 a 50)

La demandada se opuso a las pretensiones, con sustento en que la EPS no puede alegar la existencia de una obligación con cargo a los recursos de Fosyga por no haber obtenido el reconocimiento de los recobros, por cuanto los 378 recobros fueron objeto de glosas que no permite su reconocimiento

y pago; adicionalmente, lo recobrado en este proceso se encuentra incluido en el POS y, por ello, fue previamente cancelado a través de la UPC.

Así las cosas, al no existir obligación principal, tampoco hay lugar al pago de gastos de administración, intereses moratorios o indexación.

Formuló como excepciones las que denominó culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación e indebida escogencia de la acción. (archivo EXP 2015-00459 FL 301 A 350 y EXP 2015-00459 FL 351 A 400)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$221.950.915 por solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, fallos de tutela, debidamente indexados.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de alzada con sustento en que se debe condenar a la demandada al pago de intereses moratorios y gastos de administración.

Al paso que el apoderado de la ADRES solicitó la revocatoria de la sentencia con sustento en que los recobros incumplen los requisitos de ley, razón por la cual las glosas se encuentran justificadas; adicionalmente, se debe revisar las glosas impuestas, esto es, la 1-03, y las demás que se acrediten en el proceso conforme el apoyo técnico; al igual que la prescripción, en tanto se debe aplicar para este efecto, un término de 4 meses, por asimilarse este tema a una nulidad y restablecimiento del derecho; finalmente, si no procede las pretensiones principales tampoco habría lugar a la condena por concepto de indexación.

ALEGATOS

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones finales.

CUESTION PREVIA

Previo a resolver la controversia plateada, procede la Sala a resolver la solicitud elevada por el apoderado de la ADRES consistente en que se

remitan las diligencias a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en virtud de lo resuelto por la Corte Constitucional mediante auto 389 de 2021.

Como primera medida, cabe anotar que tanto la Corte Suprema de Justicia en providencia APL1531-2018, como la Corte Constitucional precisamente, en el Auto No 389 del 22 de julio de 2021, consideraron que la competencia en esta clase de asuntos, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que, en este proceso, la otrora Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 24 de febrero de 2017, resolvió dirimir el conflicto negativo de competencia suscitando entre el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 60 Administrativo Oral de la misma ciudad, en el sentido de asignar el conocimiento del presente asunto a la jurisdicción ordinaria, por manera que en el sub lite, la controversia sobre cual autoridad debía asumir el conocimiento se encuentra zanjada desde el año 2017, lo que conlleva necesariamente a despachar desfavorablemente la solicitud de la parte encartada.

En este punto conviene precisar que, si bien es cierto, el Acto legislativo 02 de 2015, modificó el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política asignando a la Corte Constitucional la función de *“dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”*, no lo es menos que conforme al Auto 278 del 9 de julio de 2015 se determinó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura continuaría ejerciendo sus funciones en relación con los conflictos de competencia que se presentaran entre las distintas jurisdicciones, *“hasta el día en que cese definitivamente en el cumplimiento de las mismas, momento en el cual, aquellos deberán ser remitidos a la Corte Constitucional en el estado en que se encuentren”*.

*“De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. **Ello significa que, actualmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de***

competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela” lo resaltado de la Sala-

En esa dirección, como los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se posesionaron el 13 de enero de 2021, hasta esa fecha la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tuvo competencia para dirimir los conflictos de competencia puestos en su conocimiento, luego, como el presente conflicto fue desatado el 24 de febrero de 2017, se insiste, no hay lugar a remitir las diligencias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dentro de sus facultades consideró que el conocimiento de este asunto correspondía al Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, no puede esta Sala desconocer tal decisión pues la controversia ya fue definida, máxime cuando se considera que la regla prevista en el Auto No 389 del 22 de julio de 2021 es aplicable a aquellos asuntos en los cuales no se había definido el conflicto de competencias de manera precedente, como aquí ocurrió.

Bajo las anteriores consideraciones se dispone negar la solicitud elevada por el apoderado de la ADRES.

CUESTIÓN DE FONDO

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de los recobros solicitados en la demanda, punto que también se revisa surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

Dilucidar si debe irrogarse condena por concepto de intereses moratorios, gastos administrativos y si debe aplicarse el término de 4 meses previsto para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho para resolver la controversia planteada como un término de prescripción.

Elementos probatorios relevantes

- cd contentivo de la base de datos de los recobros, junto con sus soportes documentales.
- cd contentivo del apoyo técnico
- Dictamen pericial.

- Declaración de perito.

Marco normativo y jurisprudencial:

- Artículo 44 de la Constitución política.
- Artículo 1 de la ley 100 de 1993.
- Literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993
- Artículo 162 de la ley 100 de 1993:
- Resolución 5261 de 1994.
- Acuerdo 008 de 2009: Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
- Resolución N.º 03099 de 2008, *por medio de la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela: Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Artículo 15. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes.*
- Resolución 005334 de 2008 “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”
- Artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011,
- Nota externa n.º 201433200296233 del 10 de noviembre 2014 del Ministerio de Salud
- Artículo 154 de la ley 1450 de 2011
- Resolución 4251 de 2012
- Decreto 1281 DE 2002: *ARTÍCULO 7o. Trámite De Las Cuentas Presentadas Por Los Prestadores De Servicios De Salud.*
- Decreto 1281 DE 2002 Artículo 13. *Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA.*
- C-510 de 2004
- Acuerdo 028 de 2011.
- Ley 19955 de 2019
- Decreto 521 de 2020.

CONSIDERACIONES

En el proceso que se estudia se encuentra que:

- La EPS SANITAS S.A. EPS prestó servicios de salud requeridos por sus afiliados, según su versión de acuerdo con lo dispuesto por el Comité Técnico Científico y en virtud de las órdenes impartidas en diversos fallos de tutela.
- En el cd denominado “proyecto técnico” la encartada realizó glosas únicas y combinadas en las que planteó los siguientes reparos a las facturas:

1-03	los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA
2-26	Cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes .

Bajo ese panorama y para dirimir la controversia planteada, comienza la Sala por recordar que la Ley 100 de 1993, en su artículo 162, estableció que *“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”*.

Conforme a lo anterior, el POS constituye una serie de parámetros o premisas que deben cumplir las EPS de forma obligatoria para la atención del servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la Resolución 5261 de 1994, Resolución 3099 de 2008, Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011, resolución 4251 de 2012 teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, esto es, entre los años 2011 a 2013.

Además de ello, se dará aplicación al principio y enfoque de *integralidad* de los Planes Obligatorios de Salud contemplado en el Capítulo III artículo 9º del Acuerdo 008 de 2009 que indica:

“Principio mediante el cual los medicamentos esenciales, suministros y tecnología en salud, en los diferentes niveles de complejidad y en los

diferentes ámbitos de atención necesarios para ejecutar una actividad, procedimiento o intervención de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad, descritos o incluidos en el presente acuerdo, hacen parte y en consecuencia constituyen la integralidad del POS o del POS-S según el caso.”

Conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017, cuando enseñó que “(...) *el tratamiento integral en materia de salud, comporta una gran importancia en cuanto a la garantía efectiva de este derecho fundamental, en la medida en que no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada, sino que abarca todas aquellas prestaciones que se consideran necesarias para conjurar las afecciones que puede sufrir una persona, ya sean de carácter físico, funcional, psicológico, emocional e inclusive social, derivando en la imposibilidad de imponer obstáculos de ninguna clase para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional.*“(.)”

Desde luego que la aplicación del principio de integralidad debe estar precedido de un diagnóstico médico que permita determinar o los servicios médicos o el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud.

De otro lado, tenemos que en el literal f). del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la resolución 3099 de 2008 y resolución 3754 de 2008.

En esa dirección, se tiene que el A-Quo condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$221.950.915; debidamente indexada y las costas del proceso.

Inconformes con esa decisión, los apoderados de las partes demandante y demandada solicitaron la revocatoria parcial y total de la sentencia, respectivamente.

En ese orden de ideas, lo *primero* que se recuerda es que la parte demandante **desistió** de un total de 67 solicitudes con 104 ítems (f.º 35 - 38 EXP 2015-00459 FL 501 A 548), petición que fue admitida por el A-Quo mediante providencia adiada el 14 de septiembre de 2020 (f.º 39 archivo EXP 2015-00459 FL 501 A 548)

A continuación, se identifican los recobros objeto de desistimiento:

1	25866500	21	25958058	41	26009162	61	26035387	81	26099585
2	25866500	22	25958100	42	26012264	62	26035397	82	26099585
3	25866504	23	25958101	43	26012264	63	26035400	83	26099585
4	25866504	24	25958155	44	26012454	64	26066308	84	26099592
5	25924839	25	25958155	45	26012454	65	26066308	85	26099592
6	25924840	26	25958187	46	26012454	66	26066308	86	26099622
7	25924841	27	25958187	47	26035361	67	26066309	87	26099622
8	25924843	28	25958784	48	26035366	68	26066309	88	26099622
9	25924845	29	25958784	49	26035366	69	26066310	89	25808282
10	25924849	30	25958799	50	26035367	70	26066310	90	25808290
11	25924850	31	25958799	51	26035367	71	26066310	91	25808291
12	25924854	32	25958799	52	26035379	72	26066337	92	25808296
13	25925476	33	25958872	53	26035379	73	26066338	93	25808297
14	25925476	34	25958873	54	26035379	74	26066458	94	25808298
15	25925477	35	25958875	55	26035380	75	26066458	95	25808380
16	25925477	36	25958876	56	26035380	76	26099119	96	25056183
17	25925478	37	25958880	57	26035381	77	26099119	97	25644136
18	25958054	38	25958880	58	26035381	78	26099342	98	25644255
19	25958056	39	25958880	59	26035382	79	26099564	99	25671087
20	25958057	40	25958900	60	26035382	80	26099564	100	25671095
								101	25671095
								102	25671095
								103	25719896
								104	25719912

Posteriormente, la apoderada de la EPS demandante desistió de los siguientes recobros al considerar que en efecto se trataban de prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios, en audiencia celebrada el 11 de mayo de 2020, aclarando que de la solicitud 25958881 el desistimiento se refiere al ítem 3 y no al ítem 1 y 2.

recobro	ítem	valor
25958502	1	657.700,00
25958871	1	537.700,00

25958881	3	500.000,00
25484835	1	507.800,00
25719764	1	630.000,00
25746299	1	597.800,00
25822775	1	567.700,00

Bajo ese panorama, la Sala acometerá su estudio sobre **586** recobros.

En *segundo lugar*, corresponde indicar que esta Colegiatura **absolverá** a la ADRES de un total de **154** recobros, mismos que a continuación se identifican, por cuanto según indicó el perito los mismos fueron **aprobados y pagados** por la encartada.

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item		No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item		No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item		No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item		No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item
1	25925086	1	31	25958171	3	61	26012261	2	91	26066455	1	121	26099115	3
2	25925086	2	32	25958172	1	62	26012261	4	92	26066455	3	122	26099121	1
3	25925086	4	33	25958172	3	63	26012262	1	93	26066457	1	123	26099122	1
4	25925467	1	34	25958179	1	64	26012262	2	94	26066457	2	124	26099122	3
5	25925467	3	35	25958179	2	65	26012262	4	95	26066457	4	125	26099124	1
6	25925473	1	36	25958179	4	66	26012265	1	96	26066461	1	126	26099307	1
7	25925475	1	37	25958180	1	67	26012265	2	97	26066461	2	127	26099307	2
8	25925475	2	38	25958180	2	68	26012265	4	98	26066464	1	128	26099308	1
9	25925479	1	39	25958197	1	69	26035313	1	99	26066464	2	129	26099308	2
10	25925479	3	40	25958229	1	70	26035313	3	100	26066464	4	130	26099308	4
11	25925480	1	41	25958229	3	71	26035315	1	101	26099102	1	131	26099480	1
12	25925480	3	42	25958230	1	72	26035315	3	102	26099102	3	132	26099480	2
13	25925481	1	43	25958230	3	73	26035318	1	103	26099103	1	133	26099480	4
14	25925481	3	44	25958498	1	74	26035318	3	104	26099103	3	134	26099859	1
15	25958156	1	45	25958521	1	75	26035319	1	105	26099105	1	135	26099859	2
16	25958156	2	46	25958521	2	76	26035319	3	106	26099105	3	136	26099859	4
17	25958156	4	47	25958860	1	77	26035321	1	107	26099107	1	137	26099955	1
18	25958157	1	48	25958891	1	78	26035321	3	108	26099107	3	138	25809312	4
19	25958157	2	49	26004762	1	79	26035322	1	109	26099109	1	139	25809312	2
20	25958157	4	50	26004762	2	80	26035322	3	110	26099109	3	140	25809312	1
21	25958158	1	51	26004763	1	81	26035325	1	111	26099110	1	141	25809433	4
22	25958158	3	52	26004763	2	82	26035364	1	112	26099110	3	142	25809433	3
23	25958162	1	53	26012155	1	83	26035365	1	113	26099111	1	143	25809433	2
24	25958162	3	54	26012155	2	84	26035365	3	114	26099111	3	144	25809434	4
25	25958165	1	55	26012257	1	85	26035368	1	115	26099112	1	145	25809434	2
26	25958168	1	56	26012257	2	86	26035368	3	116	26099113	1	146	25809434	1
27	25958168	3	57	26012257	4	87	26035385	1	117	26099113	3	147	25809529	4
28	25958170	1	58	26012258	1	88	26035385	2	118	26099114	1	148	25809529	3
29	25958170	3	59	26012258	2	89	26066417	1	119	26099114	3	149	25809529	1

30	25958171	1	60	26012261	1	90	26066417	3	120	26099115	1	150	25671240	2
												151	25671240	3
												152	25671240	4
												153	25746289	4
												154	25746289	2

Así las cosas, la Sala acometerá el estudio de **266 recobros o solicitudes con 432 ítems.**

En ese orden de ideas, lo primero que se analizará es la **excepción de prescripción**, que además es uno de los puntos objeto de apelación de la apoderada de la ADRES, quien solicita que se tenga en cuenta el término de 4 meses para resolver este aspecto.

Sobre el particular, desde ya se impone señalar que el recurso de apelación en este punto será despachado desfavorablemente, en la medida que como la controversia que concita la atención de la Sala es resuelta por los jueces laborales, la normatividad aplicable al presente caso no puede ser otra que los artículos 488 y 489 del C.S. del T, en concordancia con el artículo 151 de CPT y SS.

Al punto, vale la pena señalar que el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

«2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

*En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:
Art. 772¹. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.*

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

¹ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

Art. 779². Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

² Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.

En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.

Bajo ese panorama, tenemos que ninguno de **266 recobros con 432 ítems** sobre los cuales se realizará el estudio correspondiente se encuentra afectado por este fenómeno.

Lo anterior, en razón a que en el expediente se observa que la radicación de las MYT 01 y 02 se efectuó dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, y concretamente para los recobros del año **2011** la notificación de la glosa MYT 01 y 02, ocurrió el 5 de febrero de 2013 y la demanda se radicó el 15 de junio de 2015, por manera que no transcurrió el termino trienal analizado.

Respecto de los recobros cuya prestación del servicio se realizó en el año **2012**, tenemos que la radicación de los MYT 01 y 02 también se efectuó dentro de los tres años siguientes a la dicha calenda y la ratificación de las glosas luego de haberse presentado objeción a través de formato MYT 04 se resolvió dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, porque la misma se notificó en los meses de enero, abril, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013 y enero, febrero y marzo de 2014.

Ahora bien, frente a los recobros que no fueron objeto de MYT 04, evidencia la Sala que la notificación del MYT 01 y 02, se llevó a cabo los meses de febrero, mayo, junio, septiembre y diciembre de 2013 y como la demanda se radicó el 15 de junio de 2015, se colige que tampoco operó la prescripción.

Finalmente, a idéntica conclusión se arriba respecto de los recobros cuya prestación del servicio acaeció para el año **2013**, máxime cuando la demanda que ocupa la atención de la Sala se presentó el 15 de junio de 2015.

En esa dirección, la Sala acomete el estudio de las pretensiones de la siguiente manera:

GLOSA ÚNICA 1-03

“Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA”

MUSICOTERAPIA Y TERAPIA MUSICAL

Pertinente resulta indicar que conforme el numeral 13 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, se encuentran expresamente excluidas del POS, las *"Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas"*.

Igualmente, si bien es cierto que la nota externa n.º 201433200296233 del 10 de noviembre 2014 del Ministerio de Salud, no se encontraba vigente para la fecha de prestación del servicio, resulta importante su contenido, en tanto reafirma que dicha práctica es no POS, debido a que hace parte de las prestaciones del artículo 154 de la ley 1450 de 2011, al ser servicios experimentales y sin evidencia científica que no puede ser financiadas por el sistema general de seguridad social en salud y que solo en virtud de la

obligación impuesta por el juez de tutela de manera “expresa”, puede ser objeto de reconocimiento y pago por el FOSYGA.

De otro, lado la Corte Constitucional ha sostenido que para efectos de reconocer las terapias alternativas, como sería el caso de musicoterapia, se debe acudir a las reglas establecidas por esa corporación para inaplicar el Plan de Beneficios, ya que estas no se encuentran allí contempladas, enseñando además que este tipo de tratamientos alternativos revisten una vital importancia para las personas con limitaciones cognitivas puesto que contribuyen a su rehabilitación psicofísica y mejoría para sus relaciones familiares y sociales por tanto permiten el goce de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad.

Por ejemplo, en la sentencia T-864 de 2012 se dijo: *“Aunque la realización de las terapias alternativas prescritas por el médico tratante de alguna manera lograra influir en el proceso educativo del menor no puede considerarse que estas van dirigidas a educar al menor por el contrario y como se reiteró en la jurisprudencia constitucional están dirigidas a restablecer la salud física del paciente.”*

En consonancia con este pronunciamiento, la Sala autorizará el pago de aquellos recobros en los que se acredite que dichas terapias se dirigen a restablecer la salud física del paciente.

1) 25866499: Revisados los anexos, encuentra la Sala que en el fallo de tutela se plasmó que la menor padece de Síndrome de Down y por ello su médico tratante le prescribió: equinoterapia, canino-terapia, musicoterapia, entre otros. Adicionalmente, en la acción constitucional se señaló que se requería de un tratamiento integral en pro del manejo de la patología que sufre María José Molina Rincón, *“si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas y mentales, si para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esa manera mejoren sus condiciones de vida”*, además ordenó tratamiento integral, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

2) 25866510: De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, nótese que en el fallo de segunda instancia se señaló lo siguiente: ***“Alejandra Londoño Urrea,***

*padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida”, más adelante se dijo “Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar **busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico**”. (tratamiento integral) en consecuencia, la glosa es infundada, y se ordenará su pago.*

- 3) **25883197:** Revisado el fallo de tutela, observa la Sala que el juez de tutela ordenó a la demandante que autorizara la totalidad de los servicios – tratamiento de rehabilitación integral- que requiriera Simón Ávila Arjona, sin embargo, dentro de los soportes que sustentan el recobro no existe prueba alguna que dé cuenta que el médico del menor le hubiese ordenado la realización de las 10 sesiones de “musicoterapia” que se recobran, aunado a que tampoco reposa la relación de sesiones a las que acudió Ávila Arjona, ni los días en que se llevaron a cabo las mismas, por manera que **no se accederá a este recobro.**
- 4) **25883210:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (ESCAMILLA PRADOS SUSANA)
- 5) **25924831:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (VALDERRAMA CHICA SANTIAGO)
- 6) **25924852:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (BONILLA ESCOBAR JESUS DAVID)
- 7) **25924855:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 8) **25924856:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 9) **25925468:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela que sustenta esta pretensión; adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 10) **25925482:** Revisado el fallo de tutela, observa la Sala que el juez de tutela ordenó a la demandante que autorizara la totalidad de los servicios – tratamiento de rehabilitación integral- que requiriera

Simón Ávila Arjona, sin embargo, dentro de los soportes que sustentan el recobro no existe prueba alguna que dé cuenta que el médico del menor le hubiese ordenado la realización de las 10 sesiones de “musicoterapia” que se recobran, aunado a que tampoco reposa la relación de sesiones a las que acudió Ávila Arjona, ni los días en que se llevaron a cabo las mismas, por manera que **no se accederá a este recobro.**

- 11) **25958104** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 12) **25958105:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 13) **25958169:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela que sustenta esta pretensión; adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 14) **25958176:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, nótese que en el fallo de segunda instancia se señaló lo siguiente: “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”; más adelante, se dijo “**Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico**”. (tratamiento integral), en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**
- 15) **25958231:** No se accede al pago de este recobro como quiera que una vez revisada la tutela que soporta el mismo se establece que se solicita educación especial “*para definir énfasis en actividad vocacional*”, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente.” (García Cordero Camilo Arturo).

- 16) **25958863:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (Escamilla Prados Susana)
- 17) **55432333:** El Comité Técnico Científico justificó la realización del procedimiento “musicoterapia” al joven Contreras Mosquera Diego Andrés en los siguientes términos “El COMITÉ DESPUES DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIA CLÍNICA SOLICITADAS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE AUTISMO PRESENTA CONDUCTAS AUTO Y HETEROAGRESIVAS, INQUIETUD MOTORA E INSOMIO, CONDUCTAS BIZARRAS QUE NOTAN AGRESIVIDAD POR PERIODOS TIENE PERIODOS DE BULIMIA, SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL PARA AUTISMO POR QUE ES UN PROCEDIMIENTO **NECESARIO PARA LLEVAR A CABO EL OBJETIVO DEL TRATAMIENTO QUE ES MANTENER EL ADECUADO CONTROL DE LA SINTOMATOLOGIA PRODUCIDA**”, lo que le permite a la Sala colegir que esta tecnología está dirigida a restablecer la salud física del paciente.

Sin embargo, con las documentales que soportan el recobro no es posible determinar cuál fue el número de sesiones que recibió Diego Andrés. Lo anterior, debido a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no permite acreditar la realización de estas sesiones ni los días en que se llevaron cabo las mismas, así como tampoco detalla los servicios suministrados, ni especifica el día en que se suscribió ese documento, por manera que **no se accederá a este recobro.**

- 18) **55432334:** No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la EPS demandante, ii) no reposa constancia que acredite que el joven Juan Esteban Gutiérrez Guzmán, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 19) **55432336:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó la realización de sesiones de musicoterapia, para establecer que

anomalías comprenden la patología que aqueja a Santiago Bohórquez Becerra, y con ello poder determinar, medicar, mejorar la sintomatología y dar continuidad al tratamiento base, no menos cierto es, que no se adjuntó documento alguno que acredite el número de sesiones de musicoterapia que recibió el menor Bohórquez Becerra, u otra instrumental que diera cuenta que, en efecto, la Eps demandante suministró las 10 sesiones recobradas en este ítem, siendo pertinente indicar que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma, en consecuencia **no se accederá a este recobro.**

20) 55432341: No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la EPS demandante recobra 15 sesiones; ii) no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 15 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, los días en que se realizaron, ni se especifica el día en que se suscribió dicho documento, en consecuencia **no se accederá a este recobro.**

21) 55432388: No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la EPS demandante recobra 15 sesiones; ii) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 15 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia; y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

22) 55432419: No se ordenará el pago de este recobro al no acreditarse que el joven FERNANDEZ ACEVEDO CRISTIAN DAVID recibió las 6 sesiones de musicoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia; sumado a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, tampoco permite acreditar la realización de las sesiones recobradas en razón a que fue redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni los días en que se realizaron las terapias, ni se especifica el día en que se suscribió dicho documento.

- 23) 26009161:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO)
- 24) 26009163:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 25) 26009178:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (HOYOS MORALES JUAN DAVID)
- 26) 26009179:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (VALDERRAMA CHICA SANTIAGO)
- 27) 26035317:** No se accede al pago de este recobro como quiera que una vez revisada la tutela que soporta el recobro se establece que se solicita educación especial “para definir énfasis en actividad vocacional”, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente.” (García Cordero Camilo Arturo).
- 28) 26035320:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela que sustenta esta pretensión; adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 29) 26035387:** No se ordenará el pago de este recobro al no poderse demostrar que la joven SUSANA BONILLA LUISA MARIA recibió las 10 sesiones de musicoterapia de las cuales se pretende su pago en esta instancia; dado que la certificación que obra como anexo en el expediente digital no permite acreditar la realización de las sesiones, así como tampoco detalla los servicios suministrados, ni especifica el día en que se suscribió la misma.
- 30) 26035398:** De los soportes se establece que a DANIELA OCAMPO SUAREZ le fue diagnosticado parálisis cerebral, y de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud

recobrada se dirige a restablecer la salud física de la paciente, sumado a que en la parte resolutive se ordenó la autorización de “terapias ocupacionales y cognitivas”, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

- 31) **56187258:** El Comité Técnico Científico justificó la realización del procedimiento “musicoterapia” al joven Contreras Mosquera Diego Andrés en los siguientes términos “El COMITÉ DESPUES DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIA CLÍNICA SOLICITADAS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE AUTISMO PRESENTA CONDUCTAS AUTO Y HETEROAGRESIVAS, INQUIETUD MOTORA E INSOMIO, CONDUCTAS BIZARRAS QUE NOTAN AGRESIVIDAD POR PERIODOS TIENE PERIODOS DE BULIMIA, SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL PARA AUTISMO POR QUE ES UN PROCEDIMIENTO **NECESARIO PARA LLEVAR A CABO EL OBJETIVO DEL TRATAMIENTO QUE ES MANTENER EL ADECUADO CONTROL DE LA SINTOMATOLOGIA PRODUCIDA**”, lo que le permite a la Sala colegir que esta tecnología está dirigida a restablecer la salud física del paciente.

Sin embargo, con las documentales que soportan el recobro no es posible determinar cuál fue el número de sesiones que recibió Diego Andrés. Lo anterior, debido a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no permite acreditar la realización de estas sesiones, ni los días en que se llevaron cabo las mismas, así como tampoco detalla los servicios suministrados, ni especifica el día en que se suscribió ese documento, por manera que **no se accederá a este recobro.**

- 32) **26066311:** De los soportes se establece que a DANIELA OCAMPO SUAREZ le fue diagnosticado parálisis cerebral, y de la lectura de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física de la paciente; sumado a que en la parte resolutive se ordenó la autorización de “terapias ocupacionales y cognitivas, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

- 33) **26066456:** Revisados los anexos, encuentra la Sala que en el fallo de tutela se plasmó que la menor padece de Síndrome de Down y por ello su médico tratante le prescribió: equinoterapia, caninoterapia, musicoterapia, entre otros. Adicionalmente en la acción

constitucional se señaló que se requería de un tratamiento integral en pro del manejo de la patología que sufre María José Molina Rincón, *“si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas y mentales, si para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esa manera mejoren sus condiciones de vida”*, además ordenó tratamiento integral, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

- 34) 26099090:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (FERNANDEZ ACEVEDO CRISTIAN DAVID.)
- 35) 26099108:** No se accede al pago de este recobro como quiera que una vez revisada la tutela que soporta el recobro se establece que se solicita educación especial *“para definir énfasis en actividad vocacional”*, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente.” (García Cordero Camilo Arturo).
- 36) 26099123:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela que sustenta esta pretensión; adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 37) 26099332:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente tampoco se allegó la prescripción médica que ordena la realización de las sesiones de musicoterapia. (VACA LOZANO NICOLAS)
- 38) 26099333:** De los soportes se establece que a DANIELA OCAMPO SUAREZ le fue diagnosticado parálisis cerebral, y de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física de la paciente, sumado a que en la parte resolutive se ordenó la autorización de “terapias ocupacionales y cognitivas, en consecuencia, al no quedar demostrada la glosa impuesta, se ordenará su pago.
- 39) 26099343:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)

- 40) **26099344:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (BONILLA ESCOBAR JESUS DAVID)
- 41) **26099596:** De los soportes se establece que a Sergio Andrés Salazar Vargas le fue diagnosticado síndrome de down; aunado a ello, de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente; en el fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Sincelejo - Sucre señaló *“Por todo lo expuesto en precedencia, es claro en el presente caso que la negativa de la ORGANIZACIÓN SANITAS INTERNACIONAL E.P.S. a contratar el tratamiento del menor SERGIO ANDRES SALAZAR con un centro especializado, está vulnerando los derechos fundamentales a la vida a la salud de un niño discapacitado, que según el fisiatra tratante requiere iniciar programa especial que le permita rehabilitarse e integrarse socialmente, hasta donde le sea posible”*, en consecuencia se ordenará su pago.
- 42) **56616052:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de MORA BOHORQUEZ JUAN ANDRES, tratamiento integral para el autismo, en el que se incluye de manera puntual musicoterpia, es de anotar **que el recobro no saldrá avante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones de musicoterapia a Juan Andrés; así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 43) **56616054:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de PINTO ACOSTA SANTIAGO, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual musicoterapia, es de anotar que **el recobro no saldrá avante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones de musicoterapia a Santiago; así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 44) 56616055:** No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la EPS demandante recobra 15 sesiones, ii) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 15 sesiones de musicoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, las fechas en que se realizaron las terapias, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 45) 56616056:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, rehabilitación integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, **es de anotar que no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la EPS demandante recobra 15 sesiones, ii) no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 15 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 46) 56616059:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la EPS demandante, ii) no reposa constancia que acredite que el menor GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, en efecto, recibió las 15 que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 47) 56616060:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual la

musicoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la demandante; ii) no reposa constancia que acredite que la menor BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

48) 56616061: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GOMEZ CASTRO ANA MARIA, rehabilitación integral neurodesarrollo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago** de este **recobro** por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la demandante, ii) no reposa constancia que acredite que la menor, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

49) 56616064: El Comité Técnico Científico justificó la realización del procedimiento “musicoterapia” al joven Contreras Mosquera Diego Andrés en los siguientes términos “El COMITÉ DESPUES DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIA CLÍNICA SOLICITADAS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE AUTISMO PRESENTA CONDUCTAS AUTO Y HETEROAGRESIVAS, INQUIETUD MOTORA E INSOMIO, CONDUCTAS BIZARRAS le NOTAN AGRESIVIDAD POR PERIODOS TIENE PERIODOS DE BULIMIA, SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL CENTRO ESPECIALIZADO (MUSICOTERAPIA, AUX TERAPEUTICO TIMEPO COMPLETO) METODO DIAGNOSTICO POR EL CUAL SE PUEDE ESTABLECER LAS ANORMALIDES QUE COMPRENDEN LA PATOLOGIA EXISTENTE CON EL FN DE PODER DETERMINAR EL TRATAMIENTO MEDICO AS ADECUADO DISMINUYENDO LOS RIESGOS QUE SE DESENCADENA LA

MISMA”, lo que le permite a la Sala colegir que esta tecnología está dirigida a restablecer la salud física del paciente.

Sin embargo, con las documentales que soportan el recobro no es posible determinar cuál fue el número de sesiones que recibió Diego Andrés. Lo anterior, debido a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no permite acreditar la realización de estas sesiones ni los días en que se llevaron cabo las mismas, así como tampoco detalla los servicios suministrados, ni especifica el día en que se suscribió ese documento, por manera que **no se accederá a este recobro.**

50) 56616065: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la demandante; ii) no reposa constancia que acredite que la menor BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

51) 56616069: No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la demandante recobra 15 sesiones, ii) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 15 sesiones de musicoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

52) 56616070: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico

autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la demandante, ii) no reposa constancia que acredite que la menor, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia en, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

53) 56616073: No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la demandante recobra 15 sesiones, ii) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 15 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

54) 56616089: No se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, la demandante recobra 12 sesiones, ii) no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 12 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

55) 56616111: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la demandante, ii) no reposa constancia que acredite que el menor GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia en la Clínica Neurorehabilitar, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en

tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

56) 56616132: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GOMEZ CASTRO ANA MARIA, terapia de rehabilitación integral neurodesarrollo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 12 sesiones por parte de la demandante, ii) no reposa constancia que acredite que la menor GOMEZ CASTRO ANA MARIA, en efecto, recibió las 12 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni las fechas en que se realizaron las sesiones, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

57) 56616134: El Comité Técnico Científico justificó la realización del procedimiento “musicoterapia” al joven Contreras Mosquera Diego Andrés en los siguientes términos “El COMITÉ DESPUES DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIA CLÍNICA SOLICITADAS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE AUTISMO PRESENTA CONDUCTAS AUTO Y HETEROAGRESIVAS, INQUIETUD MOTORA E INSOMIO, CONDUCTAS BIZARRAS le NOTAN AGRESIVIDAD POR PERIODOS TIENE PERIODOS DE BULIMIA, SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL CENTRO ESPECIALIZADO (MUSICOTERAPIA, AUX TERAPEUTICO TIMEPO COMPLETO) METODO DIAGNOSTICO POR EL CUAL SE PUEDE ESTABLECER LAS ANORMALIDES QUE COMPRENDEN LA PATOLOGIA EXISTENTE CON EL FN DE PODER DETERMINAR EL TRATAMIENTO MEDICO AS ADECUADO DISMINUYENDO LOS RIESGOS QUE SE DESENCADENA LA MISMA”, lo que le permite a la Sala colegir que esta tecnología está dirigida a restablecer la salud física del paciente.

Sin embargo, con las documentales que soportan el recobro no es posible determinar cuál fue el número de sesiones que recibió Diego Andrés. Lo anterior, debido a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no permite acreditar la realización de estas sesiones en la Clínica Neurorehabilitar, así como tampoco detalla los

servicios suministrados, ni especifica el día en que se suscribió la misma, por lo que **no se accede al pago de esta pretensión.**

58) 56616148: Si bien es cierto, el Comité Técnico Científico ordenó de manera puntual y a favor de RICO CALDERON MARTIN, musicoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 12 sesiones por parte de la demandante, ii) no reposa constancia que acredite que la menor RICO CALDERON MARTIN, en efecto, recibió las 12 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia en la Clínica Neurorehabilitar, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

59) 56616151: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de PINTO ACOSTA JUAN FELIPE, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual musicoterapia, es de anotar **que el recobro no saldrá adelante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones de musicoterapia a Juan Felipe, así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

60) 56616163: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, rehabilitación integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapia, sin embargo, la demandante recobra 15 sesiones, ii) no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 15 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 61) 56616166:** No se ordenará el pago de este recobro al no acreditarse que el joven FERNANDEZ ACEVEDO CRISTIAN DAVID recibió las 6 sesiones de musicoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia; sumado a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, tampoco permite acreditar la realización de las sesiones recobradas en razón a que fue redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 62) 25808279:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO)
- 63) 25808300:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 64) 25808368:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (ABADIA ACERO ANA SOFIA)
- 65) 25808372:** el fallo de tutela que soporta el recobro estableció “*La realidad probatoria demuestra que en efecto la menor LUISA MARIA SUSA BONILLA de escasos 8 años presenta Síndrome de Down aunado a otros padecimientos que, sin lugar a dudas permiten colegir que estamos ante un ser vulnerable que amerita una especial atención de carácter médico para el mejoramiento óptimo de su salud, tal y como asó lo ordenara desde el 2009 su médico tratante de la Entidad Promotora de Salud- EPS SANITAS- en la que se encuentra afiliada como beneficiaria a través de la vinculación que le proporcionara su padre, cuando en orden médica que obra a folio 22 de los originales le diagnosticara la necesidad de una “terapia integral especialidad e individual para manejo de s. Down”, lo que permite colegir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente.* Sin embargo, **no se accederá al pago** de este recobro en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que la menor LUISA MARIA SUSA BONILLA, en efecto, recibió las 12 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia; ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad

de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 66) 25808381:** No se accede al pago de este recobro como quiera que una vez revisada la tutela que soporta el recobro se establece que se solicita educación especial “para definir énfasis en actividad vocacional”, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente.” (García Cordero Camilo Arturo).
- 67) 25808384:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (MONTEALEGRE HERNANDEZ ANGIE KARIMEN)
- 68) 25808405:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela que sustenta esta pretensión; adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 69) 25809286:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “*Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar **busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico***”. (tratamiento integral), **de manera que se ordenará su pago.**
- 70) 25056177:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de BERNAL PARRA DIEGO DAVID.
- 71) 25056182:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como

tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de GONZALEZ SIERRA GUSTAVO ADOLFO

72) 25056184: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de DIAZ DIAZ ANDRES MAURICIO.

73) 25056185: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de ARZUZA RESTREPO LUCIANA SOFIA.

74) 25056186: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.

75) 25056192: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA

76) 51596974: El Comité Técnico Científico autorizó terapia de neurodesarrollo para autismo “*donde presenta mejoría en la atencion, memoria y concentración*” (sic), la factura de venta relaciona que por concepto de tratamiento integral de rehabilitación autismo se autorizaron, entre otros servicios, el de musicoterapia, lo que permite concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente y **en consecuencia se ordenará su pago.**

77) 25047348: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO)

- 78) 25047349:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO)
- 79) 25047411:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (GRANADOS PALOMINO NICK ALEXANDER)
- 80) 25644216:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de FORERO SANABRIA ENRIQUE.
- 81) 25644218:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.
- 82) 25644227:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de TORRES MORENO GUSTAVO ADOLFO.
- 83) 25644230:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de HERNANDEZ RODRIGUEZ KEVIN SANTIAGO.
- 84) 25644238:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.
- 85) 25644239:** Si bien de la lectura de la sentencia T-695 de 2007, se puede llegar a la conclusión que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, no menos cierto es, que en este caso **la glosa resulta fundada** en la medida que no reposa

en el expediente digital prueba que acredite que el menor JIMENEZ ROMERO MIGUEL ANGEL, en efecto, recibió las sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

86) 25644241: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de JARA AYALA SAMUEL ARTURO.

87) 25644258: no se accederá al pago de este recobro en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que la menor LUISA MARIA SUSANA BONILLA, en efecto, recibió las 12 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

88) 25644276: Aun cuando el fallo de tutela ordenó tratamiento integral, el recobro adolece de la prescripción médica emitida por el galeno tratante en punto de las sesiones de musicoterapia, sumado a que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que el menor BAEZ PRIETO JULIAN DAVID, en efecto, recibió las 12 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia.

89) 25644298 No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación y número de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.

90) 25655986: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como

tampoco reposa la relación y número de sesiones de sesiones realizadas a favor de DIAZ DIAZ ANDRES MAURICIO.

91) 25656007: Revisados los anexos, encuentra la Sala que en el fallo de tutela se plasmó que el menor LOPEZ JARAMILLO CARLOS ANDRES padece de hipoxia cerebral y por ello su médico tratante le prescribió: hidroterapia, musicoterapia, terapias ABA; adicionalmente, en dicha providencia se señaló *“Aclarando, que requiere un tratamiento integral en pro del manejo de la patología que sufre, éste debe mantener una continuidad, si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas mentales, sí para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esta manera mejoren sus condiciones de vida.”*, lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, sumado a que se ordenó tratamiento integral, **de manera que se ordenará su pago.**

92) 25671241: De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló ***“Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida”***, más adelante se dijo *“Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar **busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico” (tratamiento integral), de manera que se ordenará su pago.***

93) 25719809: El fallo de tutela que sustenta este recobro indica que GARRIDO TORRES FREDY JOSE padece de síndrome de Down y por ello su médico tratante Doctor Omar Rivera Martínez, médico fisiatra le prescribió practicar los procedimientos: *“hipoterapia, acuaterapia, miofuncional, lenguaje, musicoterapia, terapia asistida con perros, terapia comportamental ABA e integración sensomotriz”* ; adicionalmente en dicha providencia se señaló *“ En el presente caso la falta de las terapias que promueve el desarrollo de las actividades afectadas afecta los derechos a la salud y a la dignidad de el menor (sic) ya que de estas depende el mejoramiento de su salud con una atención integral acorde con su dignidad como persona ”*, lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se

dirige a restablecer la salud física del paciente, **de manera que se ordenará su pago.**

94) 25719909: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de FORERO SANABRIA ENRIQUE

95) 25719913: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.

96) 25719928: El fallo de tutela que soporta el recobro estableció “*La realidad probatoria demuestra que en efecto la menor LUISA MARIA SUSANA BONILLA de escasos 8 años presenta Síndrome de Down aunado a otros padecimientos que, sin lugar a dudas permiten colegir que estamos ante un ser vulnerable que amerita una especial atención de carácter médico para el mejoramiento óptimo de su salud, tal y como asó lo ordenara desde el 2009 su médico tratante de la Entidad Promotora de Salud- EPS SANITAS- en la que se encuentra afiliada como beneficiaria a través de la vinculación que le proporcionara su padre, cuando en orden médica que obra a folio 22 de los originales le diagnosticara la necesidad de una “terapia integral especialidad e individual para manejo de s. Down”, lo que permite colegir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente.*

Sin embargo, **no se accederá al pago** de este recobro en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que la menor *LUISA MARIA SUSANA BONILLA*, en efecto, recibió las 9 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 97) 25719948:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (ABADIA ACERO ANA SOFIA)
- 98) 25719961:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordena la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY
- 99) 25719962:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación y número de sesiones de sesiones realizadas a favor de DIAZ DIAZ ANDRES MAURICIO.
- 100) 25746289:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela. (VANEGAS ZULETA ANDRES ALFONSO)
- 101) 56433367:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BOHORQUEZ BECERRA SANTIAGO el procedimiento “musicoterapia” es de anotar que no se accederá al pago de este recobro en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que el menor, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 102) 56507854:** el Comité Técnico Científico dentro de su justificación indicó “*SE SOLICITA TERAPIA INTEGRAL DE REHABILITACION ABA PAR AUTISMO (EDUCACION ESPECIAL, MUSICOTERAPIA, TERAPIA COMPORTAMENTAL) POR EL CUAL SE PUEDE ESTABALER LAS ANORMALIDADES QUE COMPRENDEN LA PATOLIGIA EXISTENTE CON EL FIN DE PODER DETERMIANR EL TRATAMIENTO MEDICO MAS ADECUADO DISMINUYENDO LOS RIESGO QUE SE DECENCADENA LA MISMA MEJORANDO LA CALIDAD DE VIDA DEL PACIENTE*” (SIC), lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer

la salud física del paciente ARAGON REDONDO CARLOS IVAN y en consecuencia se debe ordenar su pago.

- 103) 56616058:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de PINTO ACOSTA JUAN FELIPE, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual musicoterapia, es de anotar **que el recobro no saldrá adelante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 104) 56616066:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la EPS demandante, ii) no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 105) 56616133:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la EPS demandante, ii) no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 15 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 106) 56616137:** el Comité Técnico Científico dentro de su justificación indicó **“SE SOLICITA TERAPIA INTEGRAL DE**

REHABILITACION ABA PAR AUTISMO (EDUCACION ESPECIAL, MUSICOTERAPIA, TERAPIA COMPORTAMENTAL) POR EL CUAL SE PUEDE ESTABALER LAS ANORMALIDADES QUE COMPRENDEN LA PATOLIGIA EXISTENTE CON EL FIN DE PODER DETERMIANR EL TRATAMIENTO MEDICO MAS ADECUADO DISMINUYENDO LOS RIESGO QUE SE DECENCADENA LA MISMA MEJORANDO LA CALIDAD DE VIDA DEL PACIENTE” (SIC), lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente ARAGON REDONDO CARLOS IVAN.

107) 56616152: Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la EPS demandante, ii) no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 15 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

108) 56616167: Si bien el Comité Técnico Científico ordenó a favor de ROJAS LAGOS SANTIAGO FELIPE, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 12 sesiones por parte de la EPS demandante, y ii) no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 12 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia y y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.

HIPOTERAPIA, REHABILITACION ECUESTRE, EQUINOTERAPIA Y SESIONES HIPOTERAPIA

Sobre estas tecnologías el perito conceptuó lo siguiente:

(...) La hipoterapia, equinoterapia o terapia asistida ecuestre es una técnica empleada por profesionales de la salud física o mental, para promover la rehabilitación de niños, adolescentes y adultos a nivel neuromuscular, psicológico, cognitivo y social, por medio del caballo como herramienta terapéutica y coadyuvante. produce excelentes resultados en la rehabilitación de músculos, recuperación o mejoramiento del equilibrio y desarrollo de la autoestima en personas víctimas de accidentes graves (mutilaciones), parálisis cerebral, síndrome de Down y otras discapacidades.

Se utiliza para: Corregir problemas de conducta, Disminuir la ansiedad, Fomentar la confianza y la concentración, Mejorar la autoestima Promocionar estímulos al sistema sensomotriz Incrementar la interacción social y la amistad. (...)

De otro lado, el numeral 13 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, señala que se encuentran expresamente excluidas del POS, las "Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas".

Igualmente, si bien es cierto que la nota externa n.º 201433200296233 del 10 de noviembre 2014 del Ministerio de Salud, no se encontraba vigente para la fecha de prestación del servicio, resulta importante traer a colación su contenido, en tanto reafirma que dicha práctica es no POS, debido a que hace parte de las prestaciones del artículo 154 de la ley 1450 de 2011, al ser servicios experimentales y sin evidencia científica que no puede ser financiadas por el sistema general de seguridad social en salud y que solo en virtud de la obligación impuesta por el juez de tutela de manera "expresa", puede ser objeto de reconocimiento y pago por el Fosyga.

De otro lado, la Corte Constitucional sobre este particular explicó³: *(...)Es así que mediante sentencia T-864 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada), se garantizaron los derechos fundamentales de algunos niños que padecían limitaciones cognitivas que solicitaban terapias alternativas de neurodesarrollo, hipoterapia, acuaterapia, musicoterapia, comportamental ABA entre otras, prescritas por profesionales de la salud no adscritos a las respectivas EPS.*

³ T-105 de 2014

Allí la Sala resolvió ordenar a las distintas EPS practicar las terapias requeridas en IPS determinadas, debido a su cercanía con el domicilio de los pacientes, luego de verificar el cumplimiento de las reglas establecidas para inaplicar el POS y establecer que las terapias estaban encaminadas a la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de sus vidas. En ese sentido, la Corte estableció que estos asuntos deben “resolverse a la luz del postulado del interés superior del menor y del discapacitado y aplicar la jurisprudencia constitucional que ha reconocido en muchos casos terapias alternativas necesarias para preservar la salud y vida digna, así estén excluidos del POS”.

Del mismo modo, en la sentencia T-392 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), se tutelaron los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad de dos niños que padecían respectivamente de “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” y de “síndrome de Cornelio de langue hipoxia neonatal retraso psicomotor.

Sus médicos tratantes le habían ordenado terapias alternativas de equinoterapia, musicoterapia, animaloterapia, hidroterapia, terapias ABA, entre otras, con el objetivo de que obtuvieran recuperación en la salud y una mejor calidad de vida. Pese a ello, sus EPS negaron los tratamientos por estar excluidas del POS y por mediar ordenes de médicos particulares. Bajo ese panorama, la Corte ordenó a las EPS que practicara los tratamientos luego de verificar que se cumplieran los requisitos para inaplicar el POS y determinar que las valoraciones de los médicos eran vinculantes para las EPS puesto que no fueron controvertidas científicamente.

Allí se reivindicó la obligación que tienen las EPS de suministrar las terapias alternativas a los niños en condición de discapacidad en atención a la especial protección que le asiste. De tal modo, se estableció por parte de la Corte que con las terapias mencionadas se busca una mejoría o progreso en su salud lo que se traduce en una mejor calidad de vida y en una “razón más que suficiente para proteger especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentra el menor, pues no hacerlo sería ubicarlo en un plano de desigualdad que resulta inadmisibile a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política”.

Recientemente, la Sala Novena de Revisión, mediante sentencia T-466 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), amparó los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la vida digna de una niña que padecía de trastorno específico del desarrollo de las habilidades escolares (CIE-10: F81) y le habían ordenado un programa de terapias bajo la metodología ABA.

Para entonces, la Corte ordenó a la EPS accionada que autorizara el tratamiento a través de su red de instituciones prestadoras de servicios, a pesar de que la orden provenía de los profesionales de una IPS no adscrita a la EPS, tras concluir que la EPS accionada no había descartado o modificado la orden médica con fundamento en información científica y su historia clínica y su vez, con el tratamiento se pretendía atenuar los padecimientos que le impedían llevar una vida digna. La Corporación reconoció la importancia de las terapias alternativas para un sujeto de especial protección constitucional en atención a su edad y a su condición de discapacidad dado que con ellas, según el médico tratante de la niña, se pretendía lograr el pleno restablecimiento de su salud o atenuar sus padecimientos que impiden llevar una vida digna. Igualmente, resolvió que concurrían los requisitos jurisprudenciales para inaplicar el POS.

4.4. En conclusión, la prestación del servicio de salud de los niños, niñas y adolescentes con alguna limitación cognitiva puede implicar tratamientos alternativos como las terapias bajo la metodología ABA, cuya importancia radica en que contribuyen en su rehabilitación psicofísica y mejoría para las relaciones familiares y sociales. Por lo tanto, permiten el goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad, que puede ser objeto de amparo mediante acción de tutela siempre que concurren las reglas jurisprudenciales para inaplicar el POS.”

En atención a lo precedentemente referido, la Sala autorizará el pago de aquellos recobros en los que se acredite que dichas terapias se dirigen a restablecer la salud física del paciente.

1) **25866482:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)

109) 25866499: Revisada la acción de tutela que sustenta el recobro, se observa que el médico tratante de MARIA JOSE MOLINA RINCON quien padece Síndrome de Down, le prescribió a la EPS demandante la realización de sesiones de hipoterapia; además de la lectura de dicha providencia se colige que la rehabilitación ecuestre, además de procurar hacer más llevadero su padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, se utiliza para intentar restablecer la salud física de la menor, sumado a que allí se ordenó tratamiento integral, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

- 2) **25866510:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “**Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico**” (**tratamiento integral**), en consecuencia se ordenará su pago.
- 3) **25867022:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (RAMIREZ COVALEDA NICOLAS)
- 4) **25924842:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO)
- 5) **25925034** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 6) **25925468:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 7) **25958160:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor AVILA ARJONA SIMON.
- 8) **25958169:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 9) **25958175:** Una vez revisada la acción de tutela, concluye la Sala que **no habrá lugar al reconocimiento de este recobro**, si se tiene en

cuenta que la tecnología en salud suministrada se prescribió con miras a “*definir énfasis en actividad vocacional*”, adicionalmente, no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y finalmente porque la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se llevaron a cabo las mismas, ni la calenda en la que se suscribió dicho documento. (GARCIA CORDERO CAMILO ARTURO)

- 10) **25958176:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “*Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico*” (**tratamiento integral**), en consecuencia se ordenará su pago.
- 11) **25958231:** Una vez revisada la acción de tutela, concluye la Sala que **no habrá lugar al reconocimiento de este recobro**, si se tiene en cuenta que la tecnología en salud suministrada se prescribió con miras a “*definir énfasis en actividad vocacional*”, adicionalmente, no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y finalmente porque la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se llevaron a cabo las mismas, ni la calenda en la que se suscribió dicho documento. (GARCIA CORDERO CAMILO ARTURO).
- 12) **25958781:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (MEJIA SANTAMARIA DAVID SANTIAGO)
- 13) **25958853:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (MEJIA SANTAMARIA DAVID SANTIAGO)

- 14) **25958855:** Revisado el fallo de tutela soporte de este recobro, establece la Sala que hay lugar a su reconocimiento en la medida que la tecnología recobrada se dirige a obtener la rehabilitación en salud de JESUS ANDRES DIAZ RODRIGUEZ, sumado a que se ordenó tratamiento integral, de modo **que se ordenará su pago.**
- 15) **25958856:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (NIEVA RUIZ JUAN NICOLAS).
- 16) **25958877:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (RAMIREZ VARGAS JUAN JOSE)
- 17) **25958878:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 18) **25958879:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (DIAZ CONTRERAS JORGE ANDRES)
- 19) **25958881: No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro** (SANJUANELO BERNAL DANIEL FELIPE)
- 20) **55432332:** El Comité Técnico Científico justificó la realización la tecnología hipoterapia al considerar que es el tratamiento con mayor tasa de efectividad para terapéutica demostrada para control de la sintomatología producida por la patología base, de donde se colige que se busca restablecer la salud física del paciente. BERMUDEZ AVALO JUAN PABLO, de modo **que se ordenará su pago.**
- 21) **55432334:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, en efecto, recibió las 4 sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia en, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, como quiera que no se detallan los

servicios suministrados, ni se especifica el día en que se llevaron a cabo las mismas, ni la calenda en la que se suscribió dicho documento.

- 22) **55432341:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, rehabilitación integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoteapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 23) **55432388: No se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica el día en que se suscribió la misma.
- 24) **55432389:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de MUNAR RUIZ LIBARDO ANDRES, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor MUNAR RUIZ LIBARDO ANDRES recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 25) **55432419: No se ordenará el pago** de este recobro al no acreditarse que el joven FERNANDEZ ACEVEDO CRISTIAN DAVID recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia; sumado a que la certificación que obra como

anexo en el expediente digital, tampoco permite acreditar la realización de las sesiones recobradas, ni los días en que se llevaron a cabo cada una de ellas, en razón a que fue redactada de manera genérica, en tanto que no se detallan los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

26) 26012259: De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “**Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico (tratamiento integral), en consecuencia se ordena su pago.**

27) 26035317: Una vez revisada la acción de tutela, concluye la Sala que no habrá lugar al reconocimiento de este recobro, si se tiene en cuenta que la tecnología en salud suministrada se prescribió con miras a “*definir énfasis en actividad vocacional*”, adicionalmente, no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y finalmente porque la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto que no se detallan los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió GARCIA CORDERO CAMILO ARTURO, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

28) 26035320: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.

29) 26066332: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PAVIA VELASCO MARTIN

- 30) **26066333:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (HOYOS MORALES JUAN DAVID)
- 31) **26066335:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 32) **26066336:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO)
- 33) **26066456:** Revisada la acción de tutela que sustenta el recobro, se observa que el médico tratante de MARIA JOSE MOLINA RINCON quien padece Síndrome de Down, le prescribió a la EPS demandante la realización de sesiones de hipoterapia; además de la lectura de dicha providencia se colige que la rehabilitación ecuestre además de procurar hacer más llevadero su padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, se utiliza para intentar restablecer la salud física de la menor, además se ordenó tratamiento integral, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**
- 34) **26066462:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “*Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar **busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico***” (tratamiento integral), en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**
- 35) **26099108:** No se accede al pago de este recobro como quiera que una vez revisada la tutela que soporta el recobro se establece que se solicita educación especial “para definir énfasis en actividad vocacional”, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente.” (García Cordero Camilo Arturo).

- 36) **26099123:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 37) **26099332:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente, tampoco se allegó la prescripción médica que ordena la realización de las sesiones de musicoterapia. (VACA LOZANO NICOLAS)
- 38) **26099333:** De los soportes se establece que a DANIELA OCAMPO SUAREZ le fue diagnosticado parálisis cerebral, y de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física de la paciente, sumado a que en la parte resolutive se ordenó la autorización de “terapias ocupacionales y cognitivas”, de manera que **se ordenará su pago.**
- 39) **26099596:** De los soportes se establece que a Sergio Andrés Salazar Vargas le fue diagnosticado síndrome de down; aunado a ello, de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente; en el fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Sincelejo - Sucre señaló *“Por todo lo expuesto en precedencia, es claro en el presente caso que la negativa de la ORGANIZACIÓN SANTAS INTERNACIONAL E.P.S. a contratar el tratamiento del menor SEWRGIO ANDRES SALAZAR con un centro especializado, está vulnerando los derechos fundamentales a la vida a la salud de un niño discapacitado, que según el fisiatra tratante requiere iniciar programa especial que le permita rehabilitarse e integrarse socialmente, hasta donde le sea posible ”* de manera que **se ordenará su pago.**
- 40) **26100029:** **No procede el pago** al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro. (TORO VALENCIA SEBASTIAN ALEJANDRO)
- 41) **56616052:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de MORA BOHORQUEZ JUAN ANDRES, tratamiento integral para el autismo, en el que se incluye de manera puntual equinoterapia, es de anotar que **el recobro no saldrá adelante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el

expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones de referidas a Juan Andrés , así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 42) **56616054:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de PINTO ACOSTA JUAN FELIPE, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual rehabilitación ecuestre o equinoterapia, es de anotar que **el recobro no saldrá adelante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones referidas a Juan, así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 43) **56616055: No se accederá al pago** de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 44) **56616056:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, rehabilitación integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 4 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 45) **56616059:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral

para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 46) **56616060:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor, en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 47) **56616061:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GOMEZ CASTRO ANA MARIA, terapia de rehabilitación integral neurodesarrollo, en el que se incluye de manera puntual equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 48) **56616065:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor, en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los

servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 49) **56616069: No se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió la menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 50) **56616070:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de BAQUERO MILLAN SARAH SOFIA, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor, en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 51) **56616073: No se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor CUELLAR GOMEZ SILVANA recibió las 4 sesiones de equinoterapia de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió la menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 52) **56616089:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, rehabilitación integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: no reposa constancia que acredite que el joven SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO recibió las 4 sesiones de las

cuales se pretenden su pago en esta instancia, dado que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 53) **56616111:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, tratamiento integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar **que no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor en efecto, recibió las 4 sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 54) **56616132:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GOMEZ CASTRO ANA MARIA, terapia de rehabilitación integral neurodesarrollo, en el que se incluye de manera puntual equinoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que la menor en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 55) **56616148:** Si bien es cierto, el Comité Técnico Científico ordenó de manera puntual y a favor de RICO CALDERON MARTIN, equinoterapia, es de anotar que **no se accederá al pago de este recobro** por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor, en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 56) **56616151:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de PINTO ACOSTA JUAN FELIPE, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual rehabilitación ecuestre o equinoterapia, es de anotar **que el recobro no saldrá adelante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones realizadas a Juan Felipe en la Clínica Neurorehabilitar, así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 57) **56616163:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, rehabilitación integral para autismo, en el que se incluye de manera puntual la equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: no reposa constancia que acredite que el joven Solano recibió las 4 sesiones de las cuales se pretenden su pago en esta instancia, en razón a que la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió Juan Fernando, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 58) **25808206:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor ORTIZ CUBIDES VALENTINA.
- 59) **25808261:** Revisada la acción de tutela que sustenta el recobro, se observa que el juez constitucional ordenó tratamiento integral a la menor Mariana Rodríguez Galvis, dentro del cual, debe entenderse la equinoterapia, como consecuencia de los diferentes y complicados diagnósticos que padece, lo que permite colegir que dichas terapias se dirigen a restablecer la salud física del paciente y por ello, se **ordenará el pago de esta pretensión.**
- 60) **25808272:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de hipoterapia, así como

tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de SANABRIA ZAMBRANO JUAN SEBASTIAN.

- 61) **25808295:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (HOYOS MORALES JUAN DAVID)
- 62) **25808299:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PENAGOS SARRIA NATALIA)
- 63) **25808368:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (ABADIA ACERO ANA SOFIA)
- 64) **25808372:** El fallo de tutela que soporta el recobro estableció “*La realidad probatoria demuestra que en efecto la menor LUISA MARIA SUSANA BONILLA de escasos 8 años presenta Síndrome de Down aunado a otros padecimientos que, sin lugar a dudas permiten colegir que estamos ante un ser vulnerable que amerita una especial atención de carácter médico para el mejoramiento óptimo de su salud, tal y como asó lo ordenara desde el 2009 su médico tratante de la Entidad Promotora de Salud- EPS SANITAS- en la que se encuentra afiliada como beneficiaria a través de la vinculación que le proporcionara su padre, cuando en orden médica que obra a folio 22 de los originales le diagnosticara la necesidad de una “terapia integral especialidad e individual para manejo de s. Down”, lo que permite colegir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente.*

Sin embargo, **no se accederá al pago de este recobro** en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que la menor *LUISA MARIA SUSANA BONILLA*, en efecto, recibió las sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió la menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 65) **25808381:** **No se accede al pago de este recobro** como quiera que una vez revisada la tutela que soporta el recobro se establece que

se solicita educación especial “*para definir énfasis en actividad vocacional*”, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente.” (García Cordero Camilo Arturo).

- 66) **25808384:** La **Sala se abstendrá de ordenar este pago**, como quiera que no se adjuntó al recobro el fallo de tutela que sustenta la pretensión, adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.
- 67) **25808389** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (MEJIA SANTAMARIA DAVID SANTIAGO)
- 68) **25808405:** La **Sala se abstendrá de ordenar este pago**, como quiera que no se adjuntó al recobro el fallo de tutela que sustenta la pretensión, adicionalmente, no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY JEANDRY.
- 69) **25809286:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “*Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar **busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico** (tratamiento integral)*”, por manera que la glosa se declara infundada y se ordenará su pago.
- 70) **25809305:** Revisado el fallo de tutela soporte de este recobro, establece la Sala que hay lugar a su reconocimiento en la medida que la tecnología recobrada se dirige a obtener la rehabilitación en salud de JESUS ANDRES DIAZ RODRIGUEZ, sumado a que se ordenó tratamiento integral, de modo que se ordenará su pago.

- 71) **25809319**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PACHON MORA JUAN DAVID)
- 72) **25809359**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PACHON MORA JUAN DAVID)
- 73) **25809407**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY)
- 74) **25809529**: Revisado el fallo de tutela que sustenta el recobro encuentra la Sala que el médico tratante de JONNIER EFRETH QUINTERO HERNANDEZ ordenó a la Eps demandante tratamiento denominado rehabilitación integral, dentro del cual está expresamente ordenado las sesiones de equinoterapia, con miras a que el paciente a restablecer la salud física del paciente, lo que le permitiría su desarrollo normal o por lo menos una vida más digna, **en consecuencia, se ordenará su pago.**
- 75) **25809531**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (HERNANDEZ TORRES MARIA ALEJANDRA)
- 76) **25809601**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PACHON MORA JUAN DAVID)
- 77) **54964125**: El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor JOSE MIGUEL OLIVEROS BARRAGAN así: *“CON BUENA EVOLUCIÓN CLÍNICA. REFIERE MARCHA POR SUS PROPIOS MEDIOS RELACIONA CON SU ENTORNO CAÍDAS FRECUENTES. SE SOLICITA HIPOTERAPIA PARA SEGUIR CON SU TRATAMIENTO CON MAYOR TASA DE EFECTIBILIDAD TERAPÉUTICA DEMOSTRADA PARA CONTROL DE LA SINTOMATOLOGÍA PRODUCIDA POR LA PATOLOGÍA BASE”* (SIC), lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor y, **en consecuencia, se ordenará su pago.**
- 78) **55022692**: El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor CAMILO LOBATO ACOSTA así: *“ACTIVIDAD*

TERAPEUTICA PARA REHABILITACION DE PACIENTES CON ENFERMEDADES NEURODEGENERATIVAS Y TRANSAUTOLOGICAS, ENTRE OTRAS PATOLOGIAS, A TRAVÉS DEL PASO CADENCIAL DEL CABALLO, PARA ESTO SE APRVECHAN LOS MOVIMIENTOS TRIDIMENSIONALES DEL CABALLO Y ASI CONSEGUIMOS ESTIMULAR LOS MÚSCULOS Y ARTICULACIONES YA QUE LOS MOVIMIENTOS DEL CABALLO SON LOS ÚNICOS SEMEJANTES A LOS HUMANOS” (...) “PACIENTE DE 1 AÑO DE EDAD CON HIPOTONIA CONGENITA. RETRAZO LEVE DEL DESARROLLO QUIEN RECIBE HIPOTERAPIA CON BUENOS RESULTADOS. PROFESIONAL TRATANTE SOLICITA CONTINUIDAD DE LAS TERAPIAS.”, lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor y, en consecuencia, se **ordenará su pago.**

- 79) **25056182:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de GUSTAVO ADOLFO GONZALEZ SIERRA.
- 80) **25056184:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de ANDRES MAURICIO DIAZ DIAZ.
- 81) **25056185:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de ARZUZA RESTREPO LUCIANA SOFIA.
- 82) **25056186:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.
- 83) **25056192:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como

tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.

- 84) 51596884:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de sesiones de hipoterapia al menor JOSE PABLO GIRALDO CARDENAS así: “ *SE SOLICITA PROCEDIMIENTO REHABILITACION INTEGRAL EN CENTRO ESPECIALIZADO POR EL CUAL SE PUDE ESTABLECER QUE ANOMALIAS COMPRENDEN LA PAROLOGIA PARA PODER DETERMINAR Y MEDICAR MEJORANDO LA SINTOMATOLOGIA Y DAR CONTINUIDAD A SU TRATAMIENTO BASE*, lo que permite concluir que colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, y, en consecuencia, se **ordenará su pago**.
- 85) 51596885:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de sesiones de hipoterapia al menor GARCIA VELASQUEZ JULIAN JERONIMO así:” *SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL CENTRO ESPECIALIZADO POR QUE DEBIDO A SU PATOLOGIA REQUIERE DE CUIDADO ESPECIALIZADO PARA CONTROLAR LOS SINTOMAS QUE CASUSA O QUE PUEDA GENERAR EN EL TRANCURSO DE SU ENFERMEDAD*”, lo que permite concluir que colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, y, en consecuencia, se **ordenará su pago**.
- 86) 51597012:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de sesiones de hipoterapia al menor NICOLAS MOJICA ALVAREZ así: “*(...) ES EL TRATAMIENTO CON MAYOR TASA DE EFECTIVIDAD PARA EL CONTROL ADECUADO DE LA SINTOMATOLOGIA PRODUCIDA POR LA PATOLOGIA DE BASE CON EL FIN DE MEJORAR CALIDAD DE VIDA(...)*” lo que permite concluir que colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, y, en consecuencia, se **ordenará su pago**.
- 87) 25644216:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de FORERO SANABRIA ENRIQUE.
- 88) 25644218:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como

tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.

- 89) **25644227:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de TORRES MORENO GUSTAVO ADOLFO.
- 90) **25644230:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de HERNANDEZ RODRIGUEZ KEVIN SANTIAGO.
- 91) **25644238:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.
- 92) **25644241:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de musicoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de JARA AYALA SAMUEL ARTURO.
- 93) **25644258:** El fallo de tutela que soporta el recobro estableció “*La realidad probatoria demuestra que en efecto la menor LUISA MARIA SUSANA BONILLA de escasos 8 años presenta Síndrome de Down aunado a otros padecimientos que, sin lugar a dudas permiten colegir que estamos ante un ser vulnerable que amerita una especial atención de carácter médico para el mejoramiento óptimo de su salud, tal y como asó lo ordenara desde el 2009 su médico tratante de la Entidad Promotora de Salud- EPS SANITAS- en la que se encuentra afiliada como beneficiaria a través de la vinculación que le proporcionara su padre, cuando en orden médica que obra a folio 22 de los originales le diagnosticara la necesidad de una “terapia integral especialidad e individual para manejo de s. Down”, lo que permite colegir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente.*”

Sin embargo, **no** se accederá al pago de este recobro en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que la menor *LUISA MARIA SUSANA BONILLA*, en efecto, recibió las sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió la menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

- 94) **25644263**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PAVIA VELASCO MARTIN).
- 95) **25644298**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (MONTEALEGRE HERNANDEZ ANGIE KARIMEN)
- 96) **25655986**: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación y número de sesiones de sesiones realizadas a favor de DIAZ DIAZ ANDRES MAURICIO.
- 97) **25656007**: Revisados los anexos, encuentra la Sala que en el fallo de tutela se plasmó que el menor LOPEZ JARAMILLO CARLOS ANDRES padece de hipoxia cerebral y por ello su médico tratante le prescribió: hidroterapia, equinoterapia, musicoterapia, terapias ABA; adicionalmente en dicha providencia se señaló *“Aclarando, que requiere un tratamiento integral en pro del manejo de la patología que sufre, éste debe mantener una continuidad, si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas mentales, sí para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esta manera mejoren sus condiciones de vida.”*, lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, sumado a que se ordenó tratamiento integral, **de manera que se ordenará su pago.**
- 98) **25656026**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (CARRANZA SANCHEZ YILVER FABIAN)

- 99) **25656027**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (NIEVA RUIZ JUAN NICOLAS)
- 100) **25656040**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (NOGUERA ALFARO SANTIAGO)
- 101) **25671096**: No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro (SANJUANELO BERNAL DANIEL FELIPE)
- 102) **25671241**: De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “**Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico**” (tratamiento integral), **de manera que se ordenará su pago.**
- 103) **54459915**: El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor CAMILO LOBATO ACOSTA así: “” (...) “EL COMITÉ DESPUES DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIAS CLINICAS SOLICITADAS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE HIPOTONA CONGENITA QUIEN PRESENTA MALFORMACION BILATERAL Y RETRASO PSICOMOTRO LEVE. SE SOLICITA HOPOTERAPIA POR QUE ES EL TRATAMIENTO CON MAYOR TASA DE EFECTIVIDAD TERAPEUTICA DEMOSTRADA PARA EL CONTROL DE LA SINTOMATOLOGIA PRODUCIDA POR LA PATOLOGIA DE BASE.” lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, **de manera que se ordenará su pago.**
- 104) **25719909**: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de FORERO SANABRIA ENRIQUE.

105) **25719913:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de MONTEALEGRE HERNANDEZ LISETH KARINA.

106) **25719928:** El fallo de tutela que soporta el recobro estableció “*La realidad probatoria demuestra que en efecto la menor LUISA MARIA SUSA BONILLA de escasos 8 años presenta Síndrome de Down aunado a otros padecimientos que, sin lugar a dudas permiten colegir que estamos ante un ser vulnerable que amerita una especial atención de carácter médico para el mejoramiento óptimo de su salud, tal y como asó lo ordenara desde el 2009 su médico tratante de la Entidad Promotora de Salud- EPS SANITAS- en la que se encuentra afiliada como beneficiaria a través de la vinculación que le proporcionara su padre, cuando en orden médica que obra a folio 22 de los originales le diagnosticara la necesidad de una “terapia integral especialidad e individual para manejo de s. Down”, lo que permite colegir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente.*

Sin embargo, no se accederá al pago de este recobro en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que la menor *LUISA MARIA SUSA BONILLA*, en efecto, recibió las sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió la menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito

107) **25719948:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (ABADIA ACERO ANA SOFIA)

108) **25719961:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente tampoco se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación de sesiones realizadas a favor de la menor BENITEZ JIMENEZ HILARY.

- 109) **25719962:** No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente no se allegó la prescripción médica que ordenara la realización de las sesiones de equinoterapia, así como tampoco reposa la relación y número de sesiones de sesiones realizadas a favor de DIAZ DIAZ ANDRES MAURICIO.
- 110) **55939351:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor JOSE MIGUEL OLIVEROS BARRAGAN Así: “CON BUENA EVOLUCIÓN CLÍNICA. REFIERE MARCHA POR SUS PROPIOS MEDIOS S RELACIONA CON SU ENTORNO CAÍDAS FRECUENTES. SE SOLICITA HIPOTERAPIA PARA SEGUIR CON SU TRATAMIENTO CON MAYOR TASA DE FECTIBILIDAD TERAPÉUTICA DEMOSTRADA PARA CONTROL DE LA SINTOMATOLOGÍA PRODUCIDA POR LA PATOLOGÍA BASE” (SIC), lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, y, **en consecuencia, procede su pago.**
- 111) **56433239:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor CUBIDES NICOLAS FERNANDO AMOROCHO así: *“SE SOLICITA EQUINTERAPIA POR EL CUAL SE PUEDE ESTABLECER QUE ANOMALIAS COMPRENDEN LA PATOLGIA PARA PODER DETERMINAR Y MEDICAR MEJORANDO LA SITOMATOLOGIA Y DAR CONTINUIDAD EN SU TRATAMIENTO DE BASE”*, lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, y, **en consecuencia, procede su pago.**
- 112) **56434574:** No se accederá a este recobro al evidenciar un componente mayormente educativo, el Comité conceptuó “PACIENTE CON TRANSTORNO COMPARTAMENTAL SE INDICA EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA” (TIQUE PATIÑO MIGUEL ANGEL)
- 113) **56434578:** No se accederá a este recobro al evidenciar un componente mayormente educativo, el Comité conceptuó “PACIENTE MASCULINO DE 2 AÑOS DE EDAD CON ACUADRO DE TRASTORNO COMPORTAMENTEAL Y SOSPECHA DE AUTISMO ATIPICO. POR LO QUE TIENE INDICACION DE EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA” (AYALA GUIO JUAN FELIPE)
- 114) **56436714:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor CAMILO LOBATO ACOSTA así: *“PACIENTE CON DIAGNOSTICOS ANOTADOS. REQUIERE COMO PARTE DEL MANEJO INTEGRAL PARA MEJORIA DE SU PATOLOGIA BASE*

SESIONES DE HIPOTERAPIA.” lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, y, **en consecuencia, procede su pago.**

- 115) **56438009:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, sesiones de equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 116) **56438025:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de sesiones de hipoterapia al menor JOSE PABLO GIRALDO CARDENAS por contribuir para el tratamiento y control adecuado de la sintomatología producida por la patología de base con el fin de mejorar su calidad de vida, lo que permite concluir que colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, **en consecuencia, procede su pago.**
- 117) **56438039:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de sesiones de hipoterapia al menor ANDRES FELIPE ZARATE BELTRAN, por hacer parte del tratamiento integral necesario para llevar a cabo el objetivo del tratamiento, **en consecuencia, procede su pago.**
- 118) **56438093:** No se accederá a este recobro al evidenciar un componente mayormente educativo, el Comité conceptuó “PACIENTE CON TRANSTORNO COMPARTAMENTAL SE INDICA EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA” (TIQUE PATIÑO MIGUEL ANGEL)
- 119) **56505056:** El Comité Técnico Científico justificó la realización de hipoterapia al menor CUBIDES NICOLAS FERNANDO AMOROCHO así: “SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL CENTRO ESPECIALIZADO POR EL CUAL SE PUEDE ESTABLECER QUE ANOMALIAS COMPRENDEN LA PATOLGIA PARA PODER DETERMINAR Y MEDICAR MEJORANDO LA SITOMATOLOGIA Y DAR CONTINUIDAD EN SU TRATAMIENTO DE BASE”, lo que permite

colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física del menor, **en consecuencia, procede su pago.**

120) **56505067:** El comité técnico solicitó programa de rehabilitación integral, incluyendo, sesiones de equinoterapia, porque es el tratamiento con mayor tasa de efectividad terapéutica demostrada para el control de la sintomatología producida por la patología base, lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física de NICOLAS ESTEBAN MELO ROMERO, **en consecuencia, procede su pago.**

121) **56507323:** El Comité Técnico Científico indicó: *“ACTIVIDAD TERAPEUTICA UTILIZAADA PARA LA REHABILITACION DE PACIENTES CON ENFERMEDADES NEURODEGENERATIVAS Y TRUMATOLOGICAS. ENTRE OTRAS PATOLOGIAS A TRAVES DEL PASE CADENCIAL DEL CABALLO PARA ESTO SE APROVECHAN LOS MOVIMIENTOS TRIDIMENSIONALES DEL CABALLO Y ASI CONSEGUIMOS ESTIMULAR LOS MUSCULOS Y ARTICULACIONES YA QUE LOS MOVIMIENTOS DEL CABALLO SON LOS UNICOS SEMEJANTES A LOS HUMANOS”* lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física de NAVAS ARIAS MIGUEL ANGEL, **en consecuencia, procede su pago.**

122) **56616058** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de PINTO ACOSTA JUAN FELIPE, rehabilitación integral en centro especializado, en el que se incluye de manera puntual rehabilitación ecuestre o equinoterapia, es de anotar que **el recobro no saldrá adelante** en razón a que del contenido de la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no se puede acreditar la realización de las sesiones realizadas a Juan Felipe, así como tampoco detalla los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

123) **56616087:** EL comité técnico solicitó programa de rehabilitación integral, incluyendo, sesiones de equinoterapia, porque es el tratamiento médico más adecuado disminuyendo los riesgos que desencadena la patología base, mejorando la calidad de vida, lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física de RODRIGUEZ CASTELLANOS GABRIELL MATTEO, **en consecuencia, procede su pago.**

- 124) **56616133:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, sesiones de equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 125) **56616152:** Aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, sesiones de equinoterapia, es de anotar que no se accederá al pago de este recobro por las siguientes razones: i) no reposa constancia que acredite que el menor en efecto, recibió las 4 sesiones de equinoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, y ii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, al no detallar los servicios suministrados, los días en que se llevaron a cabo las mismas, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.
- 126) **56616161:** El comité técnico solicitó programa de rehabilitación integral, incluyendo, sesiones de equinoterapia, a través de la cual se puede establecer que anomalías comprenden la patología para poder determinar y medicar mejorando la sintomatología y dar continuidad en su tratamiento base lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física de RODRIGUEZ CASTELLANOS GABRIELL MATTEO, **en consecuencia, procede su pago.**
- 127) **56616169:** El comité técnico solicitó procedimientos diagnósticos, dentro de los cuales se incluye sesiones de equinoterapia, por medio de la cual se puede establecer que anomalías comprenden la patología para poder determinar y medicar mejorando la sintomatología y dar continuidad en su tratamiento base, lo que permite colegir que dicho tratamiento ayuda a restablecer la salud física de BERNAL BUSTOS DAVID SANTIAGO, **en consecuencia, procede su pago.**

TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA y PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL (Terapias de Análisis de Comportamiento Aplicado ABA (por siglas en ingles))

El dictamen pericial adosado indicó que no hacen parte de las coberturas del Plan de Beneficios en Salud, por corresponder a exclusiones y limitaciones del mismo, de conformidad la resolución 5261 de 1994 y resolución 5521 de 2013, por considerarse servicios de carácter educativo, instructivo o de capacitación.

Adicionalmente, tenemos que la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, se explicó que la terapia ABA refiere a *“un programa para pacientes con diagnóstico de autismo, el cual contiene intervenciones, actividades y procedimientos de salud y educación”* y que, en consecuencia, *“el POS cubre la parte del programa correspondiente a salud. Lo relacionado con el sector de educación no se cubre”*.

Igualmente, la resolución n.º **3778 de 2013**, explicó:

*(...) 1. **Terapia ABA.** Es un programa que contiene procedimientos y servicios de salud y educación; donde el POS cubre todas las terapias para el manejo en el ámbito de salud. **Con relación al componente educativo, no es cobertura del Plan Obligatorio de Salud, debido a que la metodología que emplea los principios del Análisis Experimental del Comportamiento, cuyas siglas en inglés son “ABA”, busca optimizar procesos de aprendizaje ya sean escolares o comportamentales.** (...)*

La Corte Constitucional en la Sentencia T-807-2013 explicó (...) *En el caso concreto existe una interrelación e interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho a la educación, por lo cual debe procederse a la protección de cada uno de estos derechos de forma autónoma (...) y aclara: “existen diferencias entre la atención integral en salud y el derecho a la educación, pero ello no implica que los dos sistemas no brinden su cooperación para promover la realización efectiva de los derechos fundamentales” y termina concluyendo “Lo anterior obedece a que la discapacidad no sólo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca, (...) el reconocimiento del derecho a una educación inclusiva”, Es decir, en este caso existe una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes (...)*”

En esa dirección, la Sala estima que para que proceda el recobro deprecado resulta imperioso que se encuentren discriminados los valores que corresponden a cada uno de los componentes de los servicios prestados, situación que no aparece acreditado dentro de los siguientes recobros, en la medida que no se discriminó el componente en salud que incluye dicha prestación del servicio el cual se encuentra cobijado por el Plan de Beneficios, según lo expresado en la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012.

1	25925086	13	26012265	25	25809433
2	25958156	14	26035385	26	25656007
3	25958179	15	26066455	27	25671240
4	25958180	16	26066456	28	25719809
5	25958498	17	26066457	29	25746289
6	25958521	18	26066462	30	56507854
7	26004762	19	26066464	31	56616137
8	26004763	20	26099307	32	25883210
9	26012155	21	26099308	33	25958863
10	26012257	22	26099859	34	25644276
11	26012258	23	26099955	35	56616167
12	26012261	24	25809312	36	26099596
				37	25958891

Adicionalmente, debe señalarse que los siguientes recobros no cuentan con el fallo de tutela soporte de la pretensión: 25925086, 26099308, 26012261, 26099859, 26066455, 25746289, 56507854, 56616137, 25883210, 25958863, 56616167.

CANINOTERAPIA O TERAPIA ASISTIDA CON PERROS y ARTETERAPIA

Se considera relevante anotar que de acuerdo con lo establecido en el núm. 13 del art. Artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, se encuentran expresamente excluidas del POS, las "*Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas*".

El perito respecto de la terapia asistida con perros conceptuó: “ *es una terapia innovadora, con enfoque multidisciplinar, en la que se plantean objetivos terapéuticos y se saca el mayor provecho al vínculo que se establece*

entre la persona y el animal para crear un ambiente rico en estímulos, lo que permite no sólo rebajar los niveles de cortisol o disminuir la presión sanguínea en aquellas personas con altos niveles de estrés o ansiedad, sino que también aporta en gran medida una mayor motivación a participar en el ambiente social y fomenta la atención y la concentración en el entorno inmediato. Este tipo de tratamiento permite trabajar desde una perspectiva más lúdica aquellas patologías que afecten tanto a la salud física como a la salud mental. Los animales, siempre y cuando hayan estado bien seleccionados y adiestrados, sirven como nexo de unión entre el terapeuta y el paciente, que de una manera natural y espontánea mantienen contacto, sin que la persona sea consciente del tratamiento que está recibiendo”

La Corte constitucional en sentencia T-563 de 2019 explicó (...) *Las terapias con delfines, caballos o perros han sido prescritas en el país bajo el entendido de que es posible aprovechar tanto la relación positiva que suele existir entre los pacientes y los animales, como el carácter predecible y repetitivo de estos últimos, para que coadyuven a los niños a “interpretar los subconjuntos de las subconsciencias sociales”, y por ende, a normalizar su comportamiento.*

Sin embargo, el Ministerio de Salud postuló estas tecnologías para que fuesen excluidas de su financiación con recursos públicos, por no existir evidencia científica sobre su beneficio terapéutico. Una vez abierto el debate según las directrices de la Ley Estatutaria de la Salud, distintas instancias intervinieron para recomendar su exclusión para el autismo.

El Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud (IETS) efectuó una revisión sistemática de la literatura en la materia, concluyendo, primero, que los potenciales beneficios se producen para patologías diferentes al autismo, como las asociadas a los trastornos del desarrollo, y segundo, que con respecto a las enfermedades del espectro autista no existía evidencia concluyente sobre sus beneficios terapéuticos (...)

El perito, frente a la arteterapia señaló que (...) *es una forma de terapia expresiva que usa el proceso creativo del arte para mejorar el bienestar físico y psicológico del paciente. La expresión de las propias emociones a través del arte, puede ayudar a resolver problemas del pasado y puede ayudar a mejorar el autoconocimiento, la autoestima, el control emocional, reducir el estrés y la ansiedad, mejorar el estado de conciencia, la atención o la creatividad*

Para que alguien pueda beneficiarse de los aspectos positivos de la arteterapia no es necesario que sea un artista con talento, ya que el objetivo de este tipo de terapia es la mejora del bienestar y la calidad de vida. (...)

En consonancia con este pronunciamiento, la Sala autorizará el pago de aquellos recobros en los que se acredite que dichas terapias se dirigen a restablecer la salud física del paciente.

Así las cosas, respecto de la Caninoterapia o terapia asistida con perros, se encontraron los siguientes recobros:

- 1) **25958881**: No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro (SANJUANELO BERNAL DANIEL FELIPE)
- 2) **26099332**: No procede su pago al no adjuntarse al recobro el fallo de tutela, adicionalmente tampoco se allegó la prescripción médica que ordena la realización de las sesiones de terapia asistida con perros. (VACA LOZANO NICOLAS)
- 3) **26099596** Revisado el fallo proferido por el Juzgado Sexto (6) Civil Municipal de Sincelejo – Sucre recobro, se establece que a SERGIO ANDRES SALAZAR VERGARA le fue diagnosticado Síndrome de Down y que su fisiatra tratante le ordenó iniciar programa especial que le permita rehabilitarse e integrarse socialmente, hasta donde le sea posible, en consecuencia, al tutelarse por parte de esa autoridad judicial el derecho a la salud del menor, la Sala **ordenará el pago de dicho recobro.**
- 4) **25671096** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro (SANJUANELO BERNAL DANIEL FELIPE)
- 5) **26066456**: Revisados los anexos, encuentra la Sala que en el fallo de tutela se plasmó que la menor padece de Síndrome de Down y por ello su médico tratante le prescribió: equinoterapia, **canino-terapia**, musicoterapia, entre otros. Adicionalmente, en la acción constitucional se señaló que se requería de un tratamiento integral en pro del manejo de la patología que sufre María José Molina Rincón, *“si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas y mentales, si para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esa manera mejoren sus condiciones de vida”*, además ordenó tratamiento integral, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

6) **25809286:** De los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “*Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico. (tratamiento integral)*”, en consecuencia, la glosa es infundada, y **se ordenará su pago.**

7) **25656007:** Revisados los anexos, encuentra la Sala que en el fallo de tutela se plasmó que el menor LOPEZ JARAMILLO CARLOS ANDRES padece de hipoxia cerebral y por ello su médico tratante le prescribió: terapia asistida con perros, hidroterapia, musicoterapia, terapias ABA; adicionalmente en dicha providencia se señaló “*Aclarando, que requiere un tratamiento integral en pro del manejo de la patología que sufre, éste debe mantener una continuidad, si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas mentales, sí para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esta manera mejoren sus condiciones de vida.*”, lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, sumado a que se ordenó tratamiento integral, **de manera que se ordenará su pago.**

ARTE TERAPIA:

1. **25958863:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro por arte terapia. (ESCAMILLA PRADOS SUSANA)
2. **25644276** Aun cuando el fallo de tutela ordenó tratamiento integral, el recobro adolece de la prescripción médica emitida por el galeno tratante en punto de las sesiones de arte terapia, sumado a que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que el menor BAEZ PRIETO JULIAN DAVID, en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia.

3. **25746393** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro por arteterapia (RENGIFO MATTA RAFAEL ANTONIO)

PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA Y EDUCACION ESPECIAL

En cuanto a este programa, bajo el cual se incluyen sesiones de educación especial, debe mencionar esta Sala que aunado al hecho de que no se encuentra expresamente contemplados en el plan de beneficios bajo el cual se prestaron los servicios recobrados, se observa que en el dictamen pericial adosado se explicó sobre el mismo que *“La educación especial es aquella destinada a alumnos con necesidades educativas especiales debidas a sobredotación intelectual o discapacidades psíquicas, físicas o sensoriales. La educación especial en sentido amplio comprende todas aquellas actuaciones encaminadas a compensar dichas necesidades, ya sea en centros ordinarios o específicos. Se entiende como un servicio de apoyo a la educación general, tiene como fin el lograr el máximo desarrollo personal y social de las personas con necesidades educativas especiales. Acciones e intervenciones de la educación especial: Métodos para el desarrollo físico y psicomotor métodos para el desarrollo cognitivo, métodos para el desarrollo del lenguaje, métodos y técnicas para la modificación de conductas, métodos y técnicas de socialización y comunicación, métodos psicoterapéuticos.”*, por lo que a menos de que se evidencie la inclusión de algún componente en salud, se debe entender que dicho servicio no hace parte de este.

1. **25958855: Revisado el fallo de tutela soporte de este recobro, establece la Sala que hay lugar a su reconocimiento en la medida que la tecnología recobrada se dirige a obtener la rehabilitación n salud de JESUS ANDRES DIAZ RODRIGUEZ.**
2. **25958860:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (CARRANZA SANCHEZ YILVER FABIAN)
3. **25958856:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (NIEVA RUIZ JUAN NICOLAS).
4. **25809305: Revisado el fallo de tutela soporte de este recobro, establece la Sala que hay lugar a su reconocimiento en la medida que la tecnología recobrada se dirige a obtener la rehabilitación n**

salud de JESUS ANDRES DIAZ RODRIGUEZ, sumado a que se ordenó tratamiento integral, de modo **que se ordenará su pago**.

5. **25809319**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PACHON MORA JUAN DAVID)
6. **25809359**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PACHON MORA JUAN DAVID)
7. **25809407**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (VALDERRAMA POVEDA PAULA YERALDINNY)
8. **25809601**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (PACHON MORA JUAN DAVID)
9. **25656026**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (CARRANZA SANCHEZ YILVER FABIAN)
10. **25656027**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (NIEVA RUIZ JUAN NICOLAS).
11. **25656040**: No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (NOGUERA ALFARO SANTIAGO).
12. **25809625**: **No se accederá a este recobro**, en la medida que el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito de Bogotá revocó el numeral primero (1) de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal Piloto de Oralidad, y, en consecuencia, amparó el derecho de petición presentado por la accionante el 1 de septiembre de 2008, ordenando a la EPS demandante que diera contestación al mismo de fondo, clara y precisa, aunado a que no reposa prescripción médica en la que se verifique que el médico tratante de BAUTISTA MARTINEZ FELIPE ordenó la realización de la educación especial que ahora se recobra.

13. **51596974** El Comité Técnico Científico al realizar el análisis del caso explicó: “ *EL COMITÉ DESPUES DE ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIA CLINICA SOLICITADOS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE EL PACIENTE CON SOSPECHA DE AUTISMO ESTA EN UN PROCESAMIENTO SENSORIAL CON DEFICITIT EN EL PROCESO DE INTEGRACION CON SOSPECHA DE AUTISMO ELAADECUADO PROCESAMIENTO VERTIBULAR Y PROPIOCEPTIVO CONTRIBUYE A LA PERCEPCION DEL MOVIMIENTO ACTIVO SE SOLICITA TERAPIA DE NEURODESARROLLO PARA AUTISMO DONDE ‘RESENTA MEJORIA EN LA TENCION, MEMORIA Y CONCENTRACION’* (sic). En ese orden de ideas al no evidenciarse la inclusión de algún componente en salud incluido en este **recobro no se ordenará a su pago.** (MORENO PUENTES SAMUEL DAVID)
14. **25746393:** No procede el pago al no adjuntarse el fallo de tutela que sustenta este recobro por arteterapia (RENGIFO MATTA RAFAEL ANTONIO)

ACONDICIONAMIENTO FISICO y REEMBOLSO POR CONCEPTO DE ACONDICIONAMIENTO FISICO Y DEPORTES

Sobre el particular, el perito explicó “ *El acondicionamiento físico es el desarrollo de capacidades condicionales y coordinativas para mejorar el rendimiento físico a través del ejercicio. El acondicionamiento físico es importante ya que aumenta las capacidades físicas del individuo ayudando a mantener un cuerpo saludable y más fuerte. El término deporte es una actividad física, básicamente de carácter competitivo y que mejora la condición física del individuo que lo practica, de igual forma cuenta con una serie de propiedades que lo hacen diferenciarse del juego El ejercicio físico mejora la función mental, la autonomía, la memoria, la rapidez, la “imagen corporal” y la sensación de bienestar, se produce una estabilidad en la personalidad caracterizada por el optimismo, la euforia y la flexibilidad mental. El ejercicio físico mejora la función mental, la autonomía, la memoria, la rapidez, la “imagen corporal” y la sensación de bienestar, se produce una estabilidad en la personalidad caracterizada por el optimismo, la euforia y la flexibilidad mental, el deporte mejora la forma y resistencia física, regula las cifras de presión arterial, mantiene la densidad ósea, mejora la resistencia a la insulina, ayuda a mantener el peso corporal, aumenta el tono y la fuerza muscular, mejora la flexibilidad y las articulaciones, reduce la fatiga, produce menor grado de agresividad, ira y angustia.*”

1. **25925467** Sería del caso revisar si hay lugar al reconocimiento de este recobro, de no ser porque la Eps demandante no adjuntó el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (TORRES MORENO GUSTAVO ADOLFO)
2. **26099109**: Sería del caso revisar si hay lugar al reconocimiento de este recobro, de no ser porque la Eps demandante no adjuntó el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (TORRES MORENO GUSTAVO ADOLFO)
3. **25746393**: Sería del caso revisar si hay lugar al reconocimiento de este recobro, de no ser porque la Eps demandante no adjuntó el fallo de tutela que sustenta esta **pretensión**. (RENGIFO MATTA RAFAEL ANTONIO)

EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA

En cuanto a este programa, debe mencionar esta Sala que aunado al hecho de que no se encuentra expresamente contemplado en el plan de beneficios bajo el cual se prestaron los servicios recobrados, se observa que en el dictamen pericial aportado se explicó lo siguiente: *“ las terapias de psicopedagogia en el ámbito de la salud tienen como objetivo mejorar la calidad de vida, desde el ámbito educativo y social, de los pacientes sobre todo niños hospitalizados con base en el concepto de psicopedagogía hospitalaria, que trabaja en tres grandes líneas: el impacto de la enfermedad en el niño y en su familia, las repercusiones de la enfermedad en el paciente y en su escolarización y, finalmente, las necesidades educativas y psicopedagógicas del personal sanitario.”*

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia T-374 de 2013, con base en el concepto de la Decanatura de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, señaló con que la psicopedagogía corresponde a una intervención pedagógica, que no médica, por lo que no se ordenará el pago de los siguientes recobros:

- 1) **55432332**: (BERMUDEZ AVALO JUAN PABLO)
- 2) **51596884**: GIRALDO CARDENAS JOSE PABLO
- 3) **51596885**: (GARCIA VELASQUEZ JULIAN JERONIMO)
- 4) **25808206**: ORTIZ CUBIDES VALENTINA, adicionalmente no se incorporó el fallo de tutela que setenta el recobro.
- 5) **25808261**: RODRIGUEZ GALVIS MARIANA

- 6) **25808272:** SANABRIA ZAMBRANO JUAN SEBASTIAN, adicionalmente no se incorporó el fallo de tutela que setenta el recobro.
- 7) **25809531:** HERNANDEZ TORRES MARIA ALEJANDRA, adicionalmente no se incorporó el fallo de tutela que setenta el recobro.
- 8) **51597012:** MOJICA ALVAREZ NICOLAS
- 9) **56438025:** GIRALDO CARDENAS JOSE PABLO adicionalmente no se incorporó el fallo de tutela que setenta el recobro.
- 10) **25671096:** SANJUANELO BERNAL DANIEL FELIPE, adicionalmente no se incorporó el fallo de tutela que setenta el recobro.

NEUROPSICOTERAPIA SISTÉMICA y NEUROPSICOTERAPIA INDIVIDUAL

Sobre la primera de ellas, el perito explicó:

“El objetivo general de la terapia multisistémica es el de maximizar el potencial individual de cada niño facilitando su desarrollo en su domicilio, en la escuela, en sus actividades de la vida diaria en el juego, mediante el uso de actividades terapéuticas, la base de todas las capacidades que a lo largo del desarrollo se obtienen dependen de como captemos la información sensorial del niño o de la niña, estaremos potenciando las funciones del cerebro, es por esto que recibiendo una terapia multisistémica se garantiza una buena estimulación de los primeros años de vida favoreciendo la potencialización de las capacidades del cerebro.”

Al paso que frente a la última, señaló: *“ El tratamiento de neurodesarrollo (TND) es un concepto avanzado, nuevo que se enfoca en el uso de técnicas manuales para el tratamiento de personas que padecen de trastornos del sistema nervioso central y que tienen dificultad para controlar el movimiento corporal. Esta concepto, originalmente establecido por los Bobath, puede ser utilizada por terapeutas físicos especializados, ocupacionales, o terapeutas del habla. Terapeutas que usan el TND han realizado un entrenamiento avanzado y un examen práctico y teórico acerca del concepto de TND que los acredita. Por otro lado, los terapeutas han trabajado de cerca con individuos*

que cursan con retos neurológicos (por ejemplo, accidentes cerebrovasculares, parálisis cerebral, y trauma cráneo encefálico), ayudándolos a alcanzar su independencia máxima. Individuos que tienen dificultades motoras desde niveles mínimos hasta severos pueden beneficiarse del TND. Terapeutas certificados en TND trabajan en colaboración con los pacientes, la familia y los doctores para desarrollar un plan comprensivo de tratamiento basado en los principios de neurología humana y su fisiología

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T-85 de 2010 indicó: (...) En este contexto, no cabe duda de que el déficit cognitivo que padece el demandante como una de las tantas patologías que pueden derivar en discapacidad, es una razón más que suficiente para protegerlo especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentran, pues no hacerlo sería ubicarlos en un plano de desigualdad que resulta inadmisibile a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

En sentencia T-988 de 2003 se hizo referencia al concepto de “curar”, concepto que resulta de gran importancia en esta providencia, teniendo en cuenta la enfermedad que padece el menor Luciano de Jesús y a efectos de determinar que debe procurar la entidad prestadora de salud en los términos de su competencia, así según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A., Undécima Edición, pág. 323) CURAR significa, además del restablecimiento de la salud, el "conjunto de procedimientos para TRATAR una enfermedad o afección".^[38]

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

Al respecto es importante señalar que el concepto de salud como lo dispone la OMS no sólo abarca la ausencia de afecciones o enfermedades, comprende además un completo bienestar. Esto obliga a concluir que la distinción que hace la parte demandante en determinar qué prestación exclusivamente conserva la salud, se opone a las garantías constitucionales que se deben al menor.

Así al considerar que tratamiento integral de las terapias es un asunto netamente educacional, resulta discutible por cuanto el menor Luciano padece síndrome de down, lo que lo ubica en un plano de especial protección constitucional ya que como lo corroboran los dos conceptos de los

neurocirujanos antes referidos, tales terapias son indispensables para optimizar la estimulación de la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva del menor, asunto concerniente a la salud del menor.

Ahora bien, en relación con los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, es claro a partir de los elementos probatorios que hacen parte del expediente, que (i) las terapias integradas, intensivas y permanentes ordenadas por el médico neurocirujano dispuestas para la estimulación de la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva, son indispensables para garantizar sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad física, en tanto que presenta un cuadro de discapacidad psicomotora con déficit cognitivo, padece de síndrome de down y retraso del desarrollo psicomotor lo que obliga la protección reforzada a sus derechos fundamentales; (ii) existe incapacidad económica del padre del menor para que asuma el costo de las terapias integrales requeridas para su menor hijo, al respecto esta Corporación tiene establecida una copiosa jurisprudencia en la que ha considerado que la carga de la prueba en este evento se invierte en cabeza de la E.P.S. demandante, toda vez que dichas entidades tienen acceso a la información socioeconómica de sus usuarios, lo que les permite generar un debate importante sobre este asunto, de tal suerte que la inacción tiene como consecuencia jurídica que se tenga como prueba suficiente para presumir que el afectado no cuenta con los recursos económicos para acceder a determinado servicio de salud.^[39] y (iii) que de no realizarse las terapias integrales dispuestas, se ponen en peligro los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Cuando dichas circunstancias se presentan, la entidad prestadora de salud está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona, más aun cuando es un menor de edad, en este caso que padece una enfermedad base Síndrome de Down según el examen de diagnóstico TRISONOMIA 21 efectuado por Salud Total E.P.S., en el mes de febrero de 2006.^[40]

En esa dirección, a menos de que se evidencie que esta clase de terapia no se encuentra dirigida a mejorar la salud del menor, se debe entender que dicho servicio no hace parte del plan de beneficios.

1. **25282445 (1 y 2):** Aun cuando en este recobro no se aportó el fallo de tutela, es de anotar que el mismo reposa en el identificado con el n.º 25282536, por lo que esa falencia se encuentra debidamente superada.

Ahora dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, **es por lo que se ordenará su pago**, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

2. **25282475 (1 y 2):** Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL., le prescribió *“programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,”* adicionalmente, en parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, **se accederá a su reembolso.**
3. **25282536 (2 y 1):** Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es por lo que se ordenará su pago, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.
4. **25282537 (1 y 2):** Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es por lo que se ordenará su pago, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.
5. **25282538 (1 y 2):** Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, se ordenará el pago de este recobro, al

evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

- 6. 25282539 (1 y 2):** Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, se ordenará el pago de este recobro, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.
- 7. 25282540 (1 y 2):** Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, se ordenará el pago de este recobro, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.
- 8. 25282541 (1 y 2):** El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.*

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se **ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS.

- 9. 25282542 (1 y 2):** El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.*

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se **ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS

- 10. 25282543:** El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para*

su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se ordenará el pago de este recobro, al evidenciarse que esta clase de **terapia está dirigida para mejorar** la salud de JHONATAN VEGA ROJAS

11. **25282544 (1 y 2):** Dada la patología que le fue diagnosticada a VALERY ZAIRETH BOHORQUEZ BOTELLO –mielomeningoceles o espina bífida -, y teniendo en consideración las razones plasmadas en el fallo que sustenta el recobro en el que se ordenó a la EPS demandante tratamiento integral a la menor, incluyendo dentro de aquellos, las denominadas consultas especializadas y demás órdenes que se requieran para preservar la salud y por ende la vida de la menor, **razón por la cual la Sala autorizará el presente recobro.**
12. **25282545(1 y 2):** Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL, le prescribió “programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,” adicionalmente en parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, **razón por la cual se accederá a su reembolso.**

13. 25282546(1 y 2): Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL, le prescribió *“programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,”* adicionalmente, en parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, **razón por la cual se accederá a su reembolso.**

14. 25287367 (1 y 2): Aun cuando en este recobro no se aportó el fallo de tutela, es de anotar que el mismo reposa en el identificado con el n.º 25282536, por lo que esa falencia se encuentra debidamente superada.

Ahora dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es por lo que se ordenará su pago, como quiera que esta clase de terapia no está dirigida para mejorar la salud del menor.

15. 25287368 (1 y 2): El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.*

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la

complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se **ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS

16. 25287369 (1 y 2): Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado retraso psicomotor, déficit intelectual global, le prescribió “*programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,*” adicionalmente en parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, razón por la cual se **accederá a su reembolso.**

17. 25287370 (1 y 2): Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, **se ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

18. 25366665(1 y 2): Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es **por lo que se ordenará su pago**, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

19. 25367039 (1 y 2): Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson

Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, se ordenará el pago de este recobro, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

20. **25367054 (1 y 2):** Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL, le prescribió *“programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,”* adicionalmente, en parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, razón por la cual se accederá a su reembolso.

21. **25367055 (1 y 2):** El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.*

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se **ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS.

22. **25462368(1-2):** Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL, le prescribió *“programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,”* adicionalmente, en la parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, **razón por la cual se accederá a su reembolso.**

23. **25462369(1-2):** Aun cuando en este recobro no se aportó el fallo de tutela de manera completa y legible, es de anotar que el mismo reposa en el identificado con el n.º **25282538**, por lo que esa falencia se encuentra debidamente superada.

Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, se ordenará el pago de este recobro, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

24. **25462370(1-2):** El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.*

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar, como se corrobora en el recobro identificado con el n.º **25367055**.

En consecuencia, se **ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS

25) 25475133(1-2): Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, **es por lo que se ordenará su pago**, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

26) 25475336(1-2): Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es por lo **que se ordenará su pago**, como quiera que esta clase de terapia no está dirigida para mejorar la salud del menor.

27) 25476797(1-2): El Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos*

especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se **ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS

28) 25476798(1-2): Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL, le prescribió “*programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,*” adicionalmente, en la parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, **razón por la cual se accederá a su reembolso.**

29) 25644275(1-2): Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, **se ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

30) 25655998(1-2): Dada la patología que le fue diagnosticada a MIGUEL EDUARDO SALAS SAUCEDO – síndrome de Hutchinson Gilford, y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que la no práctica de los tratamientos ordenados por el médico tratante a favor del menor desmejorarían ostensiblemente su salud, afectando con ello su dignidad humana, **se ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

31) 25655999 (1-2): Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es por lo **que se ordenará su pago**, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

32) 25656069(1-2): Al revisar el fallo de tutela que sustenta el recobro, evidencia la Sala, que el médico tratante del menor MEDINA CARDONA DEIBY FABIAN a quien le fue diagnosticado RETRASO PSICOMOTOR, DEFICIT INTELECTUAL GLOBAL, le prescribió *“programa de terapias especializadas que de ser aplicadas en tiempo ayudaría a su mejoría,”* adicionalmente en la parte considerativa de dicha providencia se indicó que en virtud del principio de integralidad se deben suministrar los procedimientos ordenados por el profesional de la medicina con el objetivo de tratar la patología del paciente y así evitar interrupciones en el tratamiento, **razón por la cual se accederá a su reembolso.**

33) 25656072(1-2): Dada la patología que padece ANDRES FELIPE AVELLANEDA GOMEZ, esto es, hemiplejia espástica y teniendo en cuenta que el fallo de tutela señala que le fue ordenado tratamiento integral por parte de su médico tratante y que de no realizarse lo allí ordenado se pone en peligro la salud y vida de aquel, es por lo que **se ordenará su pago**, como quiera que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud del menor.

34) 25656075(1-2): Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL*

MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, **se ordenará el pago de este recobro**, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS

35) 25719810 (1-2): Juzgado Tercero (3) Penal Municipal para la Adolescencia con función de Control de Garantías de Valledupar Cesar, en sus consideraciones señaló: *Este Juzgado encuentra luego del análisis de las piezas procesales adjuntas al libelo de la tutela que el joven JHONATAN VEGA ROJAS, padece de RETARDO MENTAL MODERADO, enfermedad que de acuerdo a las valoraciones realizadas por los diversos especialistas, requiere de una especial atención para su tratamiento, además, se muestra que este joven, a consecuencia de su patología merece cuidados y tratamientos especiales, en aras de recomponer su modo de subsistencia, o cual a la luz de este Juzgado prueba la complicada situación de salud que padece.*

Está acreditado en el plenario, que el joven JHONATAN VEGA ROJAS se encuentra afiliado a SANITAS E.P.S. DE VALLEDUPAR en calidad de beneficiario, como se dijo anteriormente, también se encuentran acreditadas las valoraciones y tratamientos recomendados por el médico especialista tratante, se ha determinado además, la

complejidad de su patología, requiriendo una atención reforzada de su derecho a la salud con una atención inmediata y prioritaria en procura de lograr su mejoría, surgiendo la necesidad de un tratamiento integral.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Tercero (3) Penal del Circuito de Valledupar.

En consecuencia, se ordenará el pago de este recobro, al evidenciarse que esta clase de terapia está dirigida para mejorar la salud de JHONATAN VEGA ROJAS.

36) 25719809 (1-2): El fallo de tutela que sustenta este recobro indica que GARRIDO TORRES FREDY JOSE padece de síndrome de Down; adicionalmente, en dicha providencia se señaló “ *En el presente caso la falta de las terapias que promueve el desarrollo de las actividades afectadas afecta los derechos a la salud y a la dignidad de el menor (sic) ya que de estas depende el mejoramiento de su salud con una atención integral acorde con su dignidad como persona*”, lo que le permite a la Sala concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en consecuencia, se ordenará el pago de este recobro.

AUXILIAR TERAPEUTICO PROFESIONAL SOMBRA TIEMPO COMPLETO - ACOMPAÑAMIENTO TERAPÉUTICO

El perito conceptuó sobre el particular lo siguiente: (...) *Terapia de sombra es el nombre que se da a la persona (maestro o niño, por ejemplo) que acompaña de manera permanente a un niño con trastorno autista a fin de vincularlo con el mundo exterior. (...)*

“El Maestro Sombra es un apoyo profesional, especialmente para niños en condición de discapacidad y es un recurso psicopedagógico que se utiliza en espacios o contextos específicos donde se observa algún tipo de dificultad. El objetivo del especialista es observar el comportamiento del paciente y adaptarlo a su entorno social nuevamente”⁴.

La Corte Constitucional en sentencia T-170 de 2019 sobre este particular explicó que: “*Ahora bien, los profesionales de acompañamiento en el aula*

⁴ <https://www.ucc.edu.co/noticias/prensa/academia/El-Maestro-Sombra-pieza-clave-en-el-Acompañamiento-Terapeutico#:~:text=El%20Maestro%20Sombra%20es%20un,observa%20alg%C3%BA%20tipo%20de%20dificultad.>

para personas en situación de discapacidad en algunas ocasiones revisten las características de “sombras”. Dichos escenarios facticos también han sido conocidos por la jurisprudencia constitucional. Así, la Sentencia T- 567 de 2013[232] examinó la procedencia de asignar un acompañante permanente (sombra) a un menor de edad para mejorar su calidad de vida. En el estudio del caso, la sentencia amparó los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vida digna del menor al considerar que el entrenamiento de habilidades sociales mediante la inclusión escolar, constituye una actividad de orden educativa y, por lo tanto, es una responsabilidad de las autoridades educativas, es decir, las Secretarías de Educación[233].

Por otra parte, la Sentencia T-318 de 2014[234] conoció la acción de tutela promovida por la madre de un menor de edad con diagnóstico trastorno por déficit de atención, a quien la coordinadora del centro educativo regular en el que estudiaba le recomendó asignarle un profesor sombra. En sede de revisión, la Sala encontró que a pesar de que la madre había realizado las gestiones ante la Secretaría de Educación municipal y la EPS para conseguir dicho servicio, estas autoridades negaron su competencia y consiguiente responsabilidad en la prestación del apoyo al considerarlo ajeno a sus competencias.

Al resolver el caso concreto, el fallo ordenó a la Secretaría de Educación que adelantara las acciones y dispusiera de manera efectiva los recursos y el personal docente necesarios para garantizar la prestación del servicio educativo que requería el menor de edad, pues encontró que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, es el Ministerio de Educación quien debía garantizar el derecho de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales a una educación de calidad y competitiva[235].

En ese sentido, de la jurisprudencia precitada se pueden extraer las siguientes reglas:

- *El acompañamiento en el aula por parte de profesionales especializados para la asistencia de personas en situación de discapacidad ha sido considerado como un ajuste razonable que debe asumir el sector educativo en aras de garantizar el derecho a la educación inclusiva. No obstante, se ha determinado que la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación en esas situaciones está interrelacionada, por lo que se requiere que ambos sectores cumplan con las responsabilidades que les son propias de manera coordinada.*

- Cuando la EPS ha ordenado un acompañamiento terapéutico en el aula de clases, de manera que la educación inclusiva sea parte del proceso terapéutico, la Corte ha determinado que existe un componente mayormente educativo que es responsabilidad de las autoridades educativas[236]. Por lo tanto, ha ordenado que la prestación recaiga sobre tal sector y solo de manera subsidiaria en el sector salud (Sentencia T- 567 de 2013[237]).
- Cuando la EPS no ha ordenado el acompañante terapéutico en el aula, pero lo ha solicitado el Colegio del niño en situación de discapacidad, la Corte ha solicitado la conformación de un Comité Interdisciplinario que integre autoridades educativas y de salud para que determinen su viabilidad. Adicionalmente, ha ordenado a la Secretaría de Educación respectiva que disponga del personal necesario para prestar el servicio educativo (Sentencia T-318 de 2014[238]).

En suma, la Corte ha considerado que los apoyos de carácter terapéutico al interior del aula, tanto ordenados por la EPS como solicitados por el Colegio respectivo cumplen una función educativa y, en consecuencia, son responsabilidad del sector educativo. (...)

Estos son los recobros que corresponden a esta categoría:

- 1) 26066449:** No se accederá al pago de este recobro, al no poderse determinar de los soportes que sustentan esta pretensión cuales fueron los servicios que se presentaron dentro de componente “PROGRAMA TERAPEUTICO ESPECIALIZADO AUXILIAR PROFESIONAL SOMBRA”, obsérvese que la factura 6267 hace referencia dos ítems, “terapia integral” y “Acompañamiento terapéutico” sin que se discrimine cada uno de los servicios recobrados. (JULIO PONDOR JUAN JAVIER)
- 2) 25809625:** No se accederá a este recobro, en la medida que el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito de Bogotá revocó el numeral primero (1) de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal Piloto de Oralidad y, en consecuencia, amparó el derecho de petición presentado por la accionante el 1 de septiembre de 2008, ordenando a la EPS demandante que diera contestación al mismo de fondo, clara y precisa; aunado a que no reposa prescripción médica en la que se verifique que le médico tratante de BAUTISTA

MARTINEZ FELIPE ordenó EL AUXILIAR TERAPEUTICO PROFESIONAL SOMBRA TIEMPO COMPLETO que ahora se recobra.

- 3) **25338097:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (ZAPATA MONTENEGRO JUAN DIEGO)
- 4) **25883210:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (ESCAMILLA PRADOS SUSANA)
- 5) **25644276:** Aun cuando el fallo de tutela ordenó tratamiento integral, el recobro adolece de la prescripción médica emitida por el galeno tratante en punto del acompañamiento terapéutico que se recobra en esta instancia. (BAEZ PRIETO JULIAN DAVID)
- 6) **56616059:** El Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la educadora especial con el menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida del paciente, por manera que **se accede a su reconocimiento.**
- 7) **56616089:** El Comité Técnico Científico ordenó a favor de SOLANO GUZMAN JUAN FERNANDO, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la educadora especial con el menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida del paciente, por manera que se accede a su reconocimiento.
- 8) **56616111:** El Comité Técnico Científico ordenó a favor de GUTIERREZ GUZMAN JUAN ESTEBAN, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la educadora especial con el menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida del paciente, por manera que se accede a su reconocimiento.
- 9) **56616132:** El Comité Técnico Científico ordenó a favor de GOMEZ CASTRO ANA MARIA, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes

que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la educadora especial con la menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida de la paciente, por manera que se accede a su reconocimiento.

10) 56616134: El Comité Técnico Científico ordenó a favor de CONTRERAS MOSQUERA DIEGO ANDRES, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la psicóloga con el menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida del paciente, por manera que se accede a su reconocimiento.

11) 56616148: El Comité Técnico Científico ordenó a favor de RICO CALDERON MARTIN, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la educadora especial con el menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida del paciente, por manera que se accede a su reconocimiento.

12) 56616166: El Comité Técnico Científico ordenó a favor de FERNANDEZ ACEVEDO CRISTIAN DAVID, auxiliar terapéutico completo, y de los soportes que sustentan el recobro es posible advertir que las actividades que adelantó la educadora especial con el menor no tiene un componente exclusivamente educativo, en tanto se dirigen a mejorar la calidad de vida del paciente, por manera que se accede a su reconocimiento.

PROGRAMACION DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL

Sobre este procedimiento, el perito explicó: *“La estimulación cerebral profunda es un procedimiento quirúrgico usado para tratar una serie de síntomas neurológicos invalidantes de la Enfermedad de Parkinson, tales como el temblor, la rigidez, el movimiento lento, para ello se usa un neuroestimulador que requiere de una reprogramación periódica para su adecuado funcionamiento, a diferencia de las cirugías anteriores para Parkinson, la estimulación cerebral profunda no daña el tejido cerebral sano, en cambio este procedimiento bloquea las señales eléctricas de áreas específicas del cerebro, muchos pacientes experimentan una reducción considerable de los síntomas y son capaces de reducir sus medicamentos.”*

- 1) **25644203:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (GARCIA GARCIA AIDY)
- 2) **25644294:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión. (GARCIA GARCIA AIDY)
- 3) **25719898:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (TRUJILLO CORTES FERNANDO)
- 4) **25759233:** No procede su pago en razón a que no se adjuntó al recobro, el fallo de tutela que sustenta esta pretensión (DELGADO BOLIVAR BENJAMIN)

GLOSAS COMBINADAS

1-03: los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA.
2-26: Cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes.

1	25866479	12	25809313
2	25866540	13	25809313
3	25924838	14	25719910
4	25924851	15	25719910
5	25924853	16	25746240
6	25958059	17	25746251
7	25958102	18	26066331
8	25958160	19	25791832
9	26066468	20	25808260
10	25808289	21	25808260
11	25808466	22	25808280

Frente a los anteriores recobros, no podrá efectuarse su reconocimiento en la medida que la EPS demandante no adjuntó el fallo de tutela soporte de estas pretensiones.

En otro giro, se revisan los recobros restantes, encontrando lo siguiente:

- 1) **25958157: (TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA)** La Sala estima que para que proceda el recobro deprecado resultaba imperioso que se encontraran discriminados los valores que corresponden a cada uno

de los componentes de los servicios prestados, esto es, cuales corresponden al componente de salud y cuales al de educación, situación que no aparece acreditado en este recobro, en razón a que en dicha prestación del servicio no se discriminó el primero de ellos, esto es, el que está incluido en el Plan de beneficios, según lo expresado en la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012. (BUITRAGO MURCIA JULIAN MAURICIO)

2) 25958175: (MUSICOTERAPIA): Aun cuando la encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; es de anotar que no se accederá a este reconocimiento como quiera que una revisada la tutela que soporta esta pretensión se observa que solicitó educación especial *“para definir énfasis en actividad vocacional”*, de manera que esta tecnología no está dirigida a restablecer la salud física del paciente. (García Cordero Camilo Arturo).

3) 55432389 (MUSICOTERAPIA): Aun cuando la encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; es de anotar que no se accederá a este reconocimiento aun cuando el Comité Técnico Científico ordenó a favor de MUNAR RUIZ LIBARDO ANDRES, rehabilitación integral, en el que se incluye de manera puntual la musicoterapia, por las siguientes razones: i) el Comité Técnico Científico autorizó la realización de 6 sesiones de musicoterapias, sin embargo, se recobran 15 sesiones por parte de la demandante, ii) no reposa constancia que acredite que menor, en efecto, recibió las sesiones que se pretenden recobrar en esta instancia, y iii) la certificación que obra como anexo se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni se especifica los días en que se llevaron a cabo, ni el día en que se suscribió dicho documento.

4) 26012259 : (MUSICOTERAPIA): La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; adicionalmente, de los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en

el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “**Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico. (tratamiento integral)**”, en consecuencia, se ordenará su pago.

5) 26012262: (TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA) La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; sin embargo, la Sala estima que para que proceda el recobro deprecado resultaba imperioso que se encontraran discriminados los valores que corresponden a cada uno de los componentes de los servicios prestados, esto es, cuales corresponden al componente de salud y cuales al de educación, situación que no aparece acreditado en este recobro, en razón a que en dicha prestación del servicio no se discriminó el primero de ellos, esto es, el que está incluido en el Plan de beneficios, según lo expresado en la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012 (ARISMENDI SOTO JUANITA ALEJANDRA)

6) 26066311 (HIPOTERAPIA): La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; adicionalmente de los soportes se establece que a DANIELA OCAMPO SUAREZ le fue diagnosticado parálisis cerebral, y de la decisión constitucional se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física de la paciente, sumado a que en la parte resolutive se ordenó la autorización de “terapias ocupacionales y cognitivas, en consecuencia, **se ordenará el pago de este recobro.**”

7) 26066461 (TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA) La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular, sin embargo, la Sala estima que para que procediera el recobro deprecado resultaba imperioso que se encontraran discriminados los valores que corresponden a cada uno de los componentes de los servicios prestados, esto es, cuales corresponden al componente de salud y cuales al de educación, situación que no aparece acreditado en este asunto, en razón a que en dicha prestación del servicio no se discriminó el primero de ellos,

esto es, el que está incluido en el Plan de beneficios, según lo expresado en la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012 (LOPEZ JARAMILLO CARLOS ANDRES)

- 8) **26066462** (musicoterapia): La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; adicionalmente, de los soportes se establece que a Alejandra Londoño Urrea le fue diagnosticado síndrome de west congénita, epilepsia y parálisis cerebral; aunado a ello, de las decisiones constitucionales se logra concluir que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, en el fallo de segunda instancia se señaló “**Alejandra Londoño Urrea, padece una enfermedad que es necesaria tratar de forma integral a fin de dignificar su vida**”, más adelante se dijo “**Nótese palmariamente que el tratamiento ordenado a la paciente por vía tutelar busca afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico. (tratamiento integral)**”, en consecuencia, se ordenará su pago.

- 9) **26099480 (TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA)**: La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular.

De otro lado, la Sala estima que para que procediera el recobro deprecado resultaba imperioso que se encontraran discriminados los valores que corresponden a cada uno de los componentes de los servicios prestados, esto es, cuales corresponden al componente de salud y cuales al de educación, situación que no aparece acreditado en este asunto, en razón a que en dicha prestación del servicio no se discriminó el primero de ellos, esto es, el que está incluido en el Plan de beneficios, según lo expresado en la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012 (JONNIER EFRETH QUINTERO)

- 10) **.56616072** (musicoterapia): La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular.

De otro lado, el Comité Técnico Científico justificó la realización del procedimiento “musicoterapia” al joven Contreras Mosquera Diego Andrés en los siguientes términos “El COMITÉ DESPUES DE

ESTUDIAR LOS DOCUMENTOS E HISTORIA CLÍNICA SOLICITADAS AL MEDICO TRATANTE ENCUENTRA QUE ES UN PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE AUTISMO PRESENTA CONDUCTAS AUTO Y HETEROAGRESIVAS, INQUIETUD MOTORA E INSOMIO, CONDUCTAS BIZARRAS QUE NOTAN AGRESIVIDAD POR PERIODOS TIENE PERIODOS DE BULIMIA, SE SOLICITA REHABILITACION INTEGRAL PARA AUTISMO POR QUE ES UN PROCEDIMIENTO NECESARIO PARA LLEVAR A CABO EL OBJETIVO DEL TRATAMIENTO QUE ES MANTENER EL ADECUADO CONTROL DE LA SINTOMATOLOGIA PRODUCIDA”, lo que le permite a la Sala colegir que esta tecnología está dirigida a restablecer la salud física del paciente.

Sin embargo, con las documentales que soportan el recobro no es posible determinar cuál fue el número de sesiones que recibió Diego Andrés. Lo anterior, debido a que la certificación que obra como anexo en el expediente digital, no permite acreditar la realización de estas sesiones, en tanto no se detallan los servicios suministrados, ni los días en que se realizaron las terapias, ni se especifica el día en que se suscribió dicho documento.

- 11) 25808370 -1 (EQUINOTERAPIA):** La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; adicionalmente si bien de la lectura de la sentencia T-695 de 2007, se puede llegar a la conclusión que la tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, no menos cierto es que en este caso la glosa resulta fundada en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que el menor JIMENEZ ROMERO MIGUEL ANGEL, en efecto, recibió las sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito
- 12) 25808370 – 2 (MUSICOTERAPIA):** La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; adicionalmente, si bien de la lectura de la sentencia T-695 de 2007, se puede llegar a la conclusión que la

tecnología en salud recobrada se dirige a restablecer la salud física del paciente, no menos cierto es que en este caso la glosa resulta fundada en la medida que no reposa en el expediente digital prueba que acredite que el menor JIMENEZ ROMERO MIGUEL ANGEL, en efecto, recibió las sesiones de musicoterapia que se pretenden recobrar en esta instancia, ello por cuanto la certificación que obra como anexo, se encuentra redactada de manera genérica, en tanto no detalla los servicios suministrados, ni los días en que se llevaron a cabo dichas sesiones, ni la cantidad de sesiones que recibió el menor, aunado a que dicho documento no especifica el día en que fue suscrito.

13) 25809434: (TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA): La encartada no demostró que este recobro fuera sujeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas, porque ninguna prueba se incorporó sobre el particular; sin embargo, la Sala estima que para que procediera el recobro deprecado resultaba imperioso que se encontraran discriminados los valores que corresponden a cada uno de los componentes de los servicios prestados, esto es, cuales corresponden al componente de salud y cuales al de educación, situación que no aparece acreditado en este recobro, en razón a que de dicha prestación del servicio no se discriminó el primero de ellos, esto es, el que está incluido en el Plan de beneficios, según lo expresado en la resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012(JONNIER EFRETH QUINTERO)

Bajo ese panorama, en cuanto a las **glosas únicas**, la Sala **condenará** a la encartada al pago de los siguientes recobros:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item	ID GLOSAS	Clasificación del Servicio entregado	Valor de Recobro
1	25866499	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	270.000,00
2	25866499	1	1-03	MUSICOTERAPIA	447.700,00
3	25866510	1	1-03	MUSICOTERAPIA	627.700,00
4	25866510	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	570.000,00

5	25958176	1	1-03	MUSICOTERAPIA	690.000,00
6	25958176	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	600.000,00
7	25958855	1	1-03	EQUINOTERAPIA	397.700,00
8	25958855	2	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA	3.920.000,00
9	55432332	1	1-03	HIPOTERAPIA	260.000,00
10	26012259	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	510.000,00
11	26035398	1	1-03	MUSICOTERAPIA	477.700,00
12	26066311	2	1-03	MUSICOTERAPIA	240.000,00
13	26066456	1	1-03	MUSICOTERAPIA	597.700,00
14	26066456	2	1-03	REHABILITACION ENCUESTRE	285.000,00
15	26066456	4	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON CANINO	300.000,00
16	26066462	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	570.000,00
17	26099333	1	1-03	MUSICOTERAPIA	165.700,00
18	26099333	2	1-03	HIPOTERAPIA	168.000,00
19	26099596	1	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS	1.191.300,00
20	26099596	2	1-03	MUSICOTERAPIA	1.200.000,00
21	26099596	3	1-03	EQUINOTERAPIA	1.200.000,00
22	56616059	2	1-03	AUXILIAR TERAPEUTICO COMPLETO	1.587.860,00
23	56616089	2	1-03	AUX TERAPEUTICO TIEMPO COMPLETO	1.587.860,00
24	56616111	2	1-03	AUXILIAR TERAPEUTICO COMPLETO	1.507.860,00

25	56616132	2	1-03	AUX TERAPEUTICO TIEMPO COMPLETO	1.587.860,00
26	56616134	2	1-03	AUX TERAPEUTICO TIEMPO COMPLETO	1.587.860,00
27	56616148	2	1-03	AUX TERAPEUTICO TIEMPO COMPLETO	1.587.860,00
28	56616166	2	1-03	AUX TERAPEUTICO TIEMPO COMPLETO	1.584.900,00
29	25808261	2	1-03	HIPOTERAPIA	260.000,00
30	25809286	3	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	360.000,00
31	25809286	2	1-03	MUSICOTERAPIA	360.000,00
32	25809286	1	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON CANINO	87.800,00
33	25809305	2	1-03	EQUINOTERAPIA	200.000,00
34	25809305	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA	3.917.800,00
35	25809529	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	240.000,00
36	54964125	1	1-03	HIPOTERAPIA	162.139,00
37	55022692	1	1-03	HIPOTERAPIA	157.450,00
38	51596884	2	1-03	HIPOTERAPIA	260.000,00
39	51596885	2	1-03	HIPOTERAPIA	260.000,00
40	51596974	2	1-03	MUSICOTERAPIA	7.800,00
41	51597012	2	1-03	HIPOTERAPIA. TERAPIA INTGERAL DE NEURODESARROLLO	130.000,00
42	25656007	4	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON CANINO	420.000,00
43	25656007	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	600.000,00
44	25656007	1	1-03	MUSICOTERAPIA	600.000,00

45	25671241	2	1-03	REHABILITACION ECUESTRE	510.000,00
46	25671241	1	1-03	MUSICOTERAPIA	690.000,00
47	54459915	1	1-03	HIPOTERAPIA	51.050,00
48	25719809	1	1-03	MUSICOTERAPIA	410.900,00
49	25719809	3	1-03	TERAPIA SISTEMICA	360.000,00
50	25282445	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
51	25282445	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	321.300,00
52	25282475	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	441.300,00
53	25282475	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SSITEMICA	200.000,00
54	25282536	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
55	25282536	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	477.000,00
56	25282537	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	399.900,00
57	25282537	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
58	25282538	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	175.000,00
59	25282538	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	497.800,00
60	25282539	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	217.900,00
61	25282539	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	160.000,00
62	25282540	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	335.800,00
63	25282540	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	160.000,00
64	25282541	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	442.000,00
65	25282541	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	208.000,00
66	25282542	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	337.900,00
67	25282542	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	160.000,00

68	25282543	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	150.000,00
69	25282543	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	497.800,00
70	25282544	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	245.000,00
71	25282544	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
72	25282545	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	317.900,00
73	25282545	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	160.000,00
74	25282546	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	320.000,00
75	25282546	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	160.000,00
76	25287367	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
77	25287367	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	452.000,00
78	25287368	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	472.800,00
79	25287368	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
80	25287369	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	375.000,00
81	25287369	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
82	25287370	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	472.800,00
83	25287370	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
84	25366665	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
85	25366665	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	477.000,00
86	25367039	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
87	25367039	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	497.800,00
88	25367054	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
89	25367054	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	491.300,00

90	25367055	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
91	25367055	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	491.300,00
92	25462368	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	491.300,00
93	25462368	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
94	25462369	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	497.800,00
95	25462369	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
96	25462370	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
97	25462370	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	497.800,00
98	25475133	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	500.000,00
99	25475133	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
100	25475336	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	497.800,00
101	25475336	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
102	25476797	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	500.000,00
103	25476797	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
104	25476798	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	500.000,00
105	25476798	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
106	25644275	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	491.300,00
107	25644275	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
108	25655998	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
109	25655998	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	491.300,00
110	25655999	2	1-03	NEUROPSICOTERAPI A SISTEMICA	200.000,00
111	25655999	1	1-03	NEUROPSICOTERAPI A INDIVIDUAL	491.300,00

112	25656069	2	1-03	NEUROPSICOTERAPIA SISTEMICA	200.000,00
113	25656069	1	1-03	NEUROPSICOTERAPIA INDIVIDUAL	491.300,00
114	25656072	2	1-03	NEUROPSICOTERAPIA SISTEMICA	200.000,00
115	25656072	1	1-03	NEUROPSICOTERAPIA INDIVIDUAL	497.800,00
116	25656075	2	1-03	NEUROPSICOTERAPIA SISTEMICA	200.000,00
117	25656075	1	1-03	NEUROPSICOTERAPIA INDIVIDUAL	500.000,00
118	25719810	2	1-03	NEUROPSICOTERAPIA SISTEMICA	200.000,00
119	25719810	1	1-03	NEUROPSICOTERAPIA INDIVIDUAL	447.700,00
120	55939351	1	1-03	SESIONES HIPOTERAPIA	191.450,00
121	56433239	1	1-03	EQUINOTERAPIA	102.000,00
122	56436714	1	1-03	HIPOTERAPIA	157.450,00
123	56438025	1	1-03	HIPOTERAPIA	250.900,00
124	56438039	1	1-03	SESIONES DE HIPOTERAPIA	250.900,00
125	56505056	1	1-03	EQUINOTERAPIA	71.270,00
126	56505067	1	1-03	EQUINOTERAPIA	187.860,00
127	56507323	1	1-03	SESIONES DE HIPOTERAPIA	260.000,00
128	56507854	1	1-03	MUSICOTERAPIA	65.012,00
129	56616087	1	1-03	EQUINOTERAPIA	127.500,00
130	56616137	1	1-03	MUSICOTERAPIA	192.529,00
131	56616161	1	1-03	EQUINOTERAPIA	56.470,00
132	56616169	1	1-03	EQUINOTERAPIA	78.070,00
				TOTAL CONDENA	\$59.966.910,00

Y **absolverá** de los siguientes recobros:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item	ID GLOSAS	Clasificación del Servicio entregado
1	25866482	1	1-03	HIPOTERAPIA
2	25867022	1	1-03	EQUINOTERAPIA
3	25883197	1	1-03	MUSICOTERAPIA
4	25883210	1	1-03	MUSICOTERAPIA
5	25883210	2	1-03	PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL
6	25883210	3	1-03	ACOMPANAMIENTO TERAPEUTICO
7	25924831	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
8	25924842	1	1-03	HIPOTERAPIA
9	25924852	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
10	25924855	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
11	25924856	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
12	25925034	1	1-03	HIPOTERAPIA
13	25925086	3	1-03	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA
14	25925467	4	1-03	ACONDICIONAMIENTO FISICO
15	25925468	1	1-03	MUSICOTERAPIA
16	25925468	3	1-03	EQUINOTERAPIA
17	25925482	1	1-03	MUSICOTERAPIA
18	25958104	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
19	25958105	1	1-03	TERAPIA MUSICAL

20	25958156	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
21	25958160	3	1-03	EQUINOTERAPIA
22	25958169	1	1-03	MUSICOTERAPIA
23	25958169	3	1-03	EQUINOTERAPIA
24	25958175	3	1-03	EQUINOTERAPIA
25	25958179	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
26	25958180	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
27	25958231	1	1-03	MUSICOTERAPIA
28	25958231	3	1-03	EQUINOTERAPIA
29	25958498	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
30	25958521	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
31	25958781	1	1-03	EQUINOTERAPIA
32	25958853	1	1-03	EQUINOTERAPIA
33	25958856	1	1-03	EQUINOTERAPIA
34	25958856	2	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
35	25958860	2	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA DE EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
36	25958863	1	1-03	PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL
37	25958863	2	1-03	MUSICOTERAPIA
38	25958863	3	1-03	ARTE TERAPIA
39	25958877	1	1-03	HIPOTERAPIA

40	25958878	1	1-03	HIPOTERAPIA
41	25958879	1	1-03	HIPOTERAPIA
42	25958881	1	1-03	EQUINOTERAPIA
43	25958881	2	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS
44	55432332	2	1-03	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA
45	55432333	1	1-03	MUSICOTERAPIA
46	55432334	1	1-03	MUSICOTERAPIA
47	55432334	3	1-03	EQUINOTERAPIA
48	55432336	1	1-03	MUSICOTERAPIA
49	55432341	1	1-03	MUSICOTERAPIA
50	55432341	3	1-03	EQUINOTERAPIA
51	55432388	1	1-03	MUSICOTERAPIA
52	55432388	3	1-03	EQUINOTERAPIA
53	55432389	3	1-03	EQUINOTERAPIA
54	55432419	1	1-03	MUSICOTERAPIA
55	55432419	3	1-03	EQUINOTERAPIA
56	26004762	3	1-03	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA
57	26004763	3	1-03	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA
58	26009161	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
59	26009163	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
60	26009178	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
61	26009179	1	1-03	TERAPIA MUSICAL

62	26012155	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
63	26012257	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
64	26012258	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
65	26012261	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
66	26012265	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
67	26035317	1	1-03	MUSICOTERAPIA
68	26035317	3	1-03	EQUINOTERAPIA
69	26035320	1	1-03	MUSICOTERAPIA
70	26035320	3	1-03	EQUINOTERAPIA
71	26035385	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
72	26035387	1	1-03	MUSICOTERAPIA
73	56187258	1	1-03	MUSICOTERAPIA
74	26066332	1	1-03	HIPOTERAPIA
75	26066333	1	1-03	HIPOTERAPIA
76	26066335	1	1-03	HIPOTERAPIA
77	26066336	1	1-03	HIPOTERAPIA
78	26066449	1	1-03	PROGRAMA TERAPEUTICO ESPECIALIZADO AUXILIAR PROFESIONAL SOMBRA
79	26066455	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
80	26066456	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
81	26066457	3	1-03	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA
82	26066462	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA

83	26066464	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
84	26099090	1	1-03	MUSICOTERAPIA
85	26099108	1	1-03	MUSICOTERAPIA
86	26099108	3	1-03	EQUINOTERAPIA
87	26099109	4	1-03	ACONDICIONAMIENTO FISICO
88	26099123	1	1-03	MUSICOTERAPIA
89	26099123	3	1-03	EQUINOTERAPIA
90	26099307	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
91	26099308	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
92	26099332	1	1-03	MUSICOTERAPIA
93	26099332	2	1-03	HIPOTERAPIA
94	26099332	3	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS
95	26099343	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
96	26099344	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
97	26099596	4	1-03	PSICOTERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
98	26099859	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
99	26099955	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL
100	26100029	1	1-03	HIPOTERAPIA
101	56616052	1	1-03	MUSICOTERAPIA
102	56616052	3	1-03	EQUINOTERAPIA
103	56616054	1	1-03	MUSICOTERAPIA
104	56616054	3	1-03	EQUINOTERAPIA

105	56616055	1	1-03	MUSICOTERAPIA
106	56616055	3	1-03	EQUINOTERAPIA
107	56616056	1	1-03	MUSICOTERAPIA
108	56616056	3	1-03	EQUINOTERAPIA
109	56616059	1	1-03	MUSICOTERAPIA
110	56616059	3	1-03	EQUINOTERAPIA
111	56616060	1	1-03	MUSICOTERAPIA
112	56616060	3	1-03	EQUINOTERAPIA
113	56616061	1	1-03	MUSICOTERAPIA
114	56616061	3	1-03	EQUINOTERAPIA
115	56616064	1	1-03	MUSICOTERAPIA
116	56616065	1	1-03	MUSICOTERAPIA
117	56616065	3	1-03	EQUINOTERAPIA
118	56616069	1	1-03	MUSICOTERAPIA
119	56616069	3	1-03	EQUINOTERAPIA
120	56616070	1	1-03	MUSICOTERAPIA
121	56616070	3	1-03	EQUINOTERAPIA
122	56616073	1	1-03	MUSICOTERAPIA
123	56616073	3	1-03	EQUINOTERAPIA
124	56616089	1	1-03	MUSICOTERAPIA
125	56616089	3	1-03	EQUINOTERAPIA
126	56616111	1	1-03	MUSICOTERAPIA

127	56616111	3	1-03	EQUINOTERAPIA
128	56616132	1	1-03	MUSICOTERAPIA
129	56616132	3	1-03	EQUINOTERAPIA
130	56616134	1	1-03	MUSICOTERAPIA
131	56616148	1	1-03	MUSICOTERAPIA
132	56616148	3	1-03	EQUINOTERAPIA
133	56616151	1	1-03	MUSICOTERAPIA
134	56616151	3	1-03	EQUINOTERAPIA
135	56616163	1	1-03	MUSICOTERAPIA
136	56616163	3	1-03	EQUINOTERAPIA
137	56616166	1	1-03	MUSICOTERAPIA
138	25808206	2	1-03	HIPOTERAPIA
139	25808206	1	1-03	PSICOPEDAGOGIA
140	25808261	1	1-03	PSICOPEDAGOGIA
141	25808272	2	1-03	HIPOTERAPIA
142	25808272	1	1-03	PSICOPEDAGOGIA
143	25808279	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
144	25808295	1	1-03	HIPOTERAPIA
145	25808299	1	1-03	HIPOTERAPIA
146	25808300	1	1-03	MUSICOTERAPIA
147	25808368	2	1-03	EQUINOTERAPIA
148	25808368	1	1-03	MUSICOTERAPIA

149	25808372	2	1-03	EQUINOTERAPIA
150	25808372	1	1-03	MUSICOTERAPIA
151	25808381	2	1-03	EQUINOTERAPIA
152	25808381	1	1-03	MUSICOTERAPIA
153	25808384	2	1-03	EQUINOTERAPIA
154	25808384	1	1-03	MUSICOTERAPIA
155	25808389	1	1-03	EQUINOTERAPIA
156	25808405	3	1-03	EQUINOTERAPIA
157	25808405	1	1-03	MUSICOTERAPIA
158	25809312	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
159	25809319	2	1-03	EQUINOTERAPIA
160	25809319	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA DE EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
161	25809359	2	1-03	EQUINOTERAPIA
162	25809359	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
163	25809407	2	1-03	EQUINOTERAPIA
164	25809407	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
165	25809433	1	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
166	25809531	2	1-03	HIPOTERAPIA
167	25809531	1	1-03	PSICOPEDAGOGIA
168	25809601	2	1-03	EQUINOTERAPIA
169	25809601	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA DE

				EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
170	25809625	2	1-03	AUXILIAR TERAPEUTICO PROFESIONAL SOMBRA TIEMPO COMPLETO
171	25809625	1	1-03	EDUCACION ESPECIAL
172	25056177	1	1-03	MUSICOTERAPIA
173	25056182	3	1-03	EQUINOTERAPIA
174	25056182	1	1-03	MUSICOTERAPIA
175	25056184	3	1-03	EQUINOTERAPIA
176	25056184	1	1-03	MUSICOTERAPIA
177	25056185	3	1-03	EQUINOTERAPIA
178	25056185	1	1-03	MUSICOTERAPIA
179	25056186	3	1-03	EQUINOTERAPIA
180	25056186	1	1-03	MUSICOTERAPIA
181	25056192	3	1-03	EQUINOTERAPIA
182	25056192	1	1-03	MUSICOTERAPIA
183	51596884	1	1-03	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA
184	51596885	1	1-03	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA
185	51596974	1	1-03	EDUCACION ESPECIAL
186	51597012	1	1-03	PSICOPEDAGOGIA. TERAPIA INTGERAL DE NEURODESARROLLO.
187	25047348	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
188	25047349	1	1-03	TERAPIA MUSICAL
189	25047411	1	1-03	MUSICOTERAPIA
190	25338097	1	1-03	AUXILIAR TERAPEUTICO PROFESIONAL SOMBRA TIEMPO COMPLETO

191	25644203	1	1-03	PROGRAMACION DE ESTIMULACION CEREBRAL
192	25644216	1	1-03	MUSICOTERAPIA
193	25644216	3	1-03	EQUINOTERAPIA
194	25644218	3	1-03	EQUINOTERAPIA
195	25644218	1	1-03	MUSICOTERAPIA
196	25644227	3	1-03	EQUINOTERAPIA
197	25644227	1	1-03	MUSICOTERAPIA
198	25644230	1	1-03	MUSICOTERAPIA
199	25644230	3	1-03	EQUINOTERAPIA
200	25644238	1	1-03	MUSICOTERAPIA
201	25644238	3	1-03	EQUINOTERAPIA
202	25644239	1	1-03	MUSICOTERAPIA
203	25644241	1	1-03	MUSICOTERAPIA
204	25644241	3	1-03	EQUINOTERAPIA
205	25644258	2	1-03	EQUINOTERAPIA
206	25644258	1	1-03	MUSICOTERAPIA
207	25644263	1	1-03	HIPOTERAPIA
208	25644276	2	1-03	ARTE TERAPIA
209	25644276	1	1-03	ACOMPANAMIENTO TERAPEUTICO
210	25644276	3	1-03	PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL
211	25644276	4	1-03	MUSICOTERAPIA
212	25644294	1	1-03	PROGRAMACION DE ESTIMULACION CEREBRAL

213	25644298	1	1-03	MUSICOTERAPIA
214	25644298	3	1-03	EQUINOTERAPIA
215	25655986	1	1-03	MUSICOTERAPIA
216	25655986	3	1-03	EQUINOTERAPIA
217	25656007	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
218	25656026	2	1-03	EQUINOTERAPIA
219	25656026	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
220	25656027	2	1-03	EQUINOTERAPIA
221	25656027	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
222	25656040	2	1-03	EQUINOTERAPIA
223	25656040	1	1-03	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
224	25671096	3	1-03	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS
225	25671096	2	1-03	PEDAGOGIA
226	25671096	1	1-03	EQUINOTERAPIA
227	25671240	1	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
228	25719809	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL
229	25719898	1	1-03	PROGRAMACION DE ESTIMULACION CEREBRAL
230	25719909	3	1-03	EQUINOTERAPIA
231	25719909	1	1-03	MUSICOTERAPIA
232	25719913	3	1-03	EQUINOTERAPIA

233	25719913	1	1-03	MUSICOTERAPIA
234	25719928	2	1-03	EQUINOTERAPIA
235	25719928	1	1-03	MUSICOTERAPIA
236	25719948	1	1-03	MUSICOTERAPIA
237	25719948	3	1-03	EQUINOTERAPIA
238	25719961	3	1-03	EQUINOTERAPIA
239	25719961	1	1-03	MUSICOTERAPIA
240	25719962	3	1-03	EQUINOTERAPIA
241	25719962	1	1-03	MUSICOTERAPIA
242	25746289	3	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
243	25746289	1	1-03	MUSICOTERAPIA
244	25746393	3	1-03	REEMBOLSO POR CONCEPTO DE ARTE Y MUSICOTERAPIA PERSONALIZADA
245	25746393	2	1-03	REEMBOLSO POR CONCEPTO DE ACONDICIONAMIENTO FISICO Y DEPORTES
246	25746393	1	1-03	REEMBOLSO POR CONCEPTO DE EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA E INTEGRACION ESCOLAR Y COMUNICACION FUNCIONAL
247	25759233	1	1-03	PROGRAMACION DE ESTIMULACION CEREBRAL
248	56433367	1	1-03	MUSICOTERAPIA
249	56434574	1	1-03	SESIONES DE HIPOTERAPIA
250	56434578	1	1-03	SESIONES DE HIPOTERAPIA
251	56438009	1	1-03	EQUINOTERAPIA

252	56438025	2	1-03	SESIONES DE PSICOPEDAGOGIA
253	56438093	1	1-03	HIPOTERAPIA
254	56507854	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL
255	56616058	1	1-03	MUSICOTERAPIA
256	56616058	2	1-03	EQUINOTERAPIA
257	56616066	1	1-03	MUSICOTERAPIA
258	56616133	1	1-03	MUSICOTERAPIA
259	56616133	2	1-03	EQUINOTERAPIA
260	56616137	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL
261	56616152	1	1-03	MUSICOTERAPIA
262	56616152	2	1-03	EQUINOTERAPIA
263	56616167	1	1-03	MUSICOTERAPIA
264	56616167	2	1-03	PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL
265	25958891	2	1-03	TERAPIA COMPORTAMENTAL

En lo que tiene que ver con las **glosas combinadas**, se **condenará** a ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar los siguientes recobros

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item	ID GLOSAS	Clasificación del Servicio entregado	Valor de Recobro
1	26012259	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA	597.700,00
2	26066311	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA	237.700,00

3	26066462	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA	600.000,00
				TOTAL CONDENA	\$1.435.400,00

Finalmente, se **absolverá** de los siguientes recobros:

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Item	ID GLOSAS	Clasificación del Servicio entregado
1	25866479	1	1-03 // 2-26	PROGRAMACION DE ESTIMULACION CEREBRAL
2	25866540	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA
3	25924838	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA
4	25924851	1	1-03 // 2-26	TERAPIA MUSICAL
5	25924853	1	1-03 // 2-26	TERAPIA MUSICAL
6	25958059	1	1-03 // 2-26	TERAPIA MUSICAL
7	25958102	1	1-03 // 2-26	TERAPIA MUSICAL
8	25958157	3	1-03 // 2-26	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
9	25958160	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
10	25958175	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
11	55432389	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
12	26012262	3	1-03 // 2-26	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
13	26066331	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA
14	26066461	3	1-03 // 2-26	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
15	26066468	1	1-03 // 2-26	EQUINOTERAPIA
16	26099480	3	1-03 // 2-26	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
17	56616072	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
18	25791832	1	1-03 // 2-26	EQUINOTERAPIA
19	25808260	2	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA
20	25808260	1	1-03 // 2-26	PSICOPEDAGOGIA
21	25808280	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA
22	25808289	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA

23	25808370	2	1-03 // 2-26	EQUINOTERAPIA
24	25808370	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
25	25808466	1	1-03 // 2-26	TERAPIA MUSICAL
26	25809313	2	1-03 // 2-26	EQUINOTERAPIA
27	25809313	1	1-03 // 2-26	PROGRAMA INTEGRAL DE TERAPIA DE EDUCACION ESPECIAL PERSONALIZADA
28	25809434	3	1-03 // 2-26	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA
29	25719910	3	1-03 // 2-26	EQUINOTERAPIA
30	25719910	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
31	25746240	1	1-03 // 2-26	MUSICOTERAPIA
32	25746251	1	1-03 // 2-26	HIPOTERAPIA

Así las cosas, pertinente resulta modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada al pago de **SESENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 61.402.310)**.

Superado lo anterior y frente a la apelación de la parte demandante en cuanto a que se debe condenar a los **intereses moratorios**, es de anotar que si bien se encuentran consagrados en el Decreto 1281 de 2002, en concordancia con el Decreto 019 de 2012, también lo es que no se puede desconocer el texto de la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, consagra en el parágrafo 5 del artículo 237 que las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos, se indexaran sin lugar a intereses de mora, se considera que al tratarse de recobros por servicios no financiados con la UPC hay lugar a aplicar dicha norma, y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este asunto.

Por último y con relación a los **gastos de administración**, aspecto apelado por la demandante, encontramos que la EPS demandante solicitó se condenara al pago de gastos de administración inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS objeto de demanda efectivamente suministrados a los usuarios, monto que equivale al 10% del valor de las mismas.

Al respecto, se tiene que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no contempla dicha figura para resarcir los daños que se hubiesen podido generar en los trámites realizados por la EPS y que hubieren generado posterior recobro al FOSYGA por diferentes situaciones, en este caso, por reclamaciones no incluidas en el POS.

Aunado a ello, recuérdese que el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, señaló: “El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gastos de administración de las EPS, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las EPS que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.”

Por su parte, la sentencia C262 de 2013 dispuso que “...la UPC tiene dos grandes componentes: (i) el gasto en salud, que comprende el gasto destinado a la prestación de servicios de salud, y (ii) el gasto administrativo asociado al costo de la salud, el cual cubre los gastos administrativos y los excedentes...”, es decir, ese porcentaje de gastos de administración se establece sobre la UPC y se paga con la misma, lo incluye y en este asunto como se ha venido señalando, los servicios cobrados no se encuentran incluido en el POS y por tanto no los cubre la UPC y por sustracción de materia tampoco a los gastos pedidos.

Adicionalmente, el proceso no da cuenta de los gastos en los que incurrió la EPS demandante asociados al costo de la salud.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia de primera instancia, en este punto.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así: PRIMERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** a reconocer y pagar a la EPS SANITAS S.A., la suma de **SESENTA Y UN MILLONES**

CUATROCIENTOS DOS MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 61.402.310), por solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud NO POS autorizados por Comité Técnico científico o por fallos de tutela, y a indexar esta suma tomando para ese efecto, como IPC inicial el del mes en que se prestó tal servicio y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago, por las razones expuestas.

	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de Recobro
1	25866499	270.000,00
2	25866499	447.700,00
3	25866510	627.700,00
4	25866510	570.000,00
5	25958176	690.000,00
6	25958176	600.000,00
7	25958855	397.700,00
8	25958855	3.920.000,00
9	55432332	260.000,00
10	26012259	510.000,00
11	26035398	477.700,00
12	26066311	240.000,00
13	26066456	597.700,00
14	26066456	285.000,00
15	26066456	300.000,00
16	26066462	570.000,00
17	26099333	165.700,00
18	26099333	168.000,00
19	26099596	1.191.300,00
20	26099596	1.200.000,00
21	26099596	1.200.000,00
22	56616059	1.587.860,00
23	56616089	1.587.860,00
24	56616111	1.507.860,00
25	56616132	1.587.860,00
26	56616134	1.587.860,00
27	56616148	1.587.860,00
28	56616166	1.584.900,00
29	25808261	260.000,00
30	25809286	360.000,00
31	25809286	360.000,00
32	25809286	87.800,00
33	25809305	200.000,00

34	25809305	3.917.800,00
35	25809529	240.000,00
36	54964125	162.139,00
37	55022692	157.450,00
38	51596884	260.000,00
39	51596885	260.000,00
40	51596974	7.800,00
41	51597012	130.000,00
42	25656007	420.000,00
43	25656007	600.000,00
44	25656007	600.000,00
45	25671241	510.000,00
46	25671241	690.000,00
47	54459915	51.050,00
48	25719809	410.900,00
49	25719809	360.000,00
50	25282445	200.000,00
51	25282445	321.300,00
52	25282475	441.300,00
53	25282475	200.000,00
54	25282536	200.000,00
55	25282536	477.000,00
56	25282537	399.900,00
57	25282537	200.000,00
58	25282538	175.000,00
59	25282538	497.800,00
60	25282539	217.900,00
61	25282539	160.000,00
62	25282540	335.800,00
63	25282540	160.000,00
64	25282541	442.000,00
65	25282541	208.000,00
66	25282542	337.900,00
67	25282542	160.000,00
68	25282543	150.000,00
69	25282543	497.800,00
70	25282544	245.000,00
71	25282544	200.000,00
72	25282545	317.900,00
73	25282545	160.000,00
74	25282546	320.000,00
75	25282546	160.000,00
76	25287367	200.000,00
77	25287367	452.000,00
78	25287368	472.800,00

79	25287368	200.000,00
80	25287369	375.000,00
81	25287369	200.000,00
82	25287370	472.800,00
83	25287370	200.000,00
84	25366665	200.000,00
85	25366665	477.000,00
86	25367039	200.000,00
87	25367039	497.800,00
88	25367054	200.000,00
89	25367054	491.300,00
90	25367055	200.000,00
91	25367055	491.300,00
92	25462368	491.300,00
93	25462368	200.000,00
94	25462369	497.800,00
95	25462369	200.000,00
96	25462370	200.000,00
97	25462370	497.800,00
98	25475133	500.000,00
99	25475133	200.000,00
100	25475336	497.800,00
101	25475336	200.000,00
102	25476797	500.000,00
103	25476797	200.000,00
104	25476798	500.000,00
105	25476798	200.000,00
106	25644275	491.300,00
107	25644275	200.000,00
108	25655998	200.000,00
109	25655998	491.300,00
110	25655999	200.000,00
111	25655999	491.300,00
112	25656069	200.000,00
113	25656069	491.300,00
114	25656072	200.000,00
115	25656072	497.800,00
116	25656075	200.000,00
117	25656075	500.000,00
118	25719810	200.000,00
119	25719810	447.700,00
120	55939351	191.450,00
121	56433239	102.000,00
122	56436714	157.450,00
123	56438025	250.900,00

124	56438039	250.900,00
125	56505056	71.270,00
126	56505067	187.860,00
127	56507323	260.000,00
128	56507854	65.012,00
129	56616087	127.500,00
130	56616137	192.529,00
131	56616161	56.470,00
132	56616169	78.070,00
133	26012259	597.700,00
134	26066311	237.700,00
135	26066462	600.000,00
	TOTAL	\$ 61.402.310,00

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar declarar probada parcialmente la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION**.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MAGALI BUSTAMANTE BAUTISTA

DEMANDADO: MOTO XTREME RACING SAS Y TIRES SOLUTION SAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2019 00795 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de una sustitución de empleadores entre la empresa SANTIAGO VILLA VENEGAS a la empresa MOTO XTREME RACING SAS con fecha 1 de octubre de 2013 y de MOTO XTREME RACING SAS a TIRES SOLUTION SAS el 1 de mayo de 2018 y, como consecuencia, se les condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, salarios insolutos, aportes en pensión y lo ultra y extra petita. (fl.12)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se vinculó laboralmente a favor del señor SANTIAGO VILLA VENEGAS como persona natural el 14 de abril de 2008 a través de contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de asistente administrativa.

Aunque se presentó sustitución patronal entre empleadores continuó desempeñando el mismo cargo y funciones hasta el 1 de diciembre de 2015 cuando fue ascendida a administradora.

MOTO XTREME RACING SAS y TIRES SOLUTIONS SAS no presentaron escrito de contestación y por tanto la demanda se tuvo por no contestada (fl.113).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de marzo de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y TIRES SOLUTION SAS desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 21 de enero de 2019. Declaró solidariamente responsable a MOTO XTREME RACING SAS de las obligaciones causadas desde el inicio de la relación laboral hasta el 1 de mayo de 2018.

Condenó a TIRES SOLUTION SAS al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y las condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE: presentó recurso de apelación con el objeto de que se condene a la sanción por no consignación de las cesantías conforme se solicitó en la demanda.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede la condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes

Carpeta 001

- A folio 29, planilla integrada de autoliquidación de aportes.
- A folio 32, extracto del Fondo de Pensiones Protección.
- A folio 33, historia laboral de la actora en Protección.
- A folio 48, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folio 64, certificado de aportes en salud.
- A folio 68, carta de comunicación de sustitución patronal a Compensar.
- A folio 74, certificación laboral.
- A folio 76, liquidación del contrato de trabajo.
- Testimonio

Caso concreto

Previo a resolver el asunto, precisa la Sala que debido a que el juez de primera instancia omitió resolver lo relacionado con las pretensiones 2 y 3 referentes a la sanción por no consignación de las cesantías y como quiera que la parte perjudicada con ello presentó recurso de apelación, se dará aplicación a lo establecido en el art. 287 del C.G.P. que dispone:

“ARTÍCULO 287. ADICIÓN. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.”

Sanción por no consignación de las cesantías

En el presente asunto no mereció reparo alguno lo concerniente a la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Magali Bustamante y TIRES SOLUTION SAS desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 21 de enero de 2019 y que el último salario devengado ascendió a la suma de \$1.998.000.

La discusión se centra en que a juicio del recurrente debe imponerse condena tal y como se solicitó en la demanda, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.

En reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la sanción por no consignación de las cesantías no debe imponerse de manera automática, dado que se debe establecer si la conducta del empleador es carente de buena fe a fin de determinar su viabilidad dado el carácter de sanción que tiene la misma (sentencia CSJ SL6621-2017, CSJ SL8216-2016, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13442- 2017, CSJ STL10313-2017, SL3345 de 7 de julio de 2021).

La misma Corporación señaló que para imponer dicha la sanción en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador, para así determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación SL8216 de 2012, en la que se señaló:

“Esta Corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los arts. 65 del C.S.T. y 99 de la L. 50/1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).”

En este asunto el juez encontró que la empleadora no consignó a un Fondo, como era su deber legal, las cesantías de la demandante correspondiente a los años 2016 a 2019, pues adujo que aunque reposaba liquidación del contrato de trabajo a folio 76 en el que constaba el pago de cesantías por veintiún días del año 2019 por valor de \$849.150, no se aportaba prueba de su pago y así lo había indicado la accionante al absolver el interrogatorio de parte.

Al revisar el material probatorio aportado al proceso evidencia la Sala lo siguiente:

A folio 15, la demandante señala en el hecho 4 de la demanda que desempeñó funciones como “Liquidación y pago de nómina y seguridad social”.

Se recibió los testimonios de **Esteban Ramírez e Iván Ramiro Vargas**, ambos fueron coincidentes en manifestar que la demandante fue su jefe, que tenía el cargo de administradora y era la persona encargada de efectuar los pagos a los empleados y quien liquidaba los salarios.

Pues bien, siguiendo los parámetros legales y jurisprudenciales encuentra la Sala que como la misma actora lo afirma en la demanda ostentaba el cargo de administradora y en virtud de ello liquidaba y pagaba la nómina, es decir, que la demandante era la encargada de realizar los trámites para los pagos del personal que trabajaba en la empresa demandada, incluida ella, por lo que la carga de la prueba sobre la omisión del empleador respecto de la consignación de las cesantías en un fondo autorizado por la ley le era exigible en un mayor grado, primero porque la función de ese trámite estaba a su cargo, segundo, porque es extraño que en la liquidación final no se haya hecho mención al pago de las cesantías adeudadas, y tercero, que entre las pruebas aportadas al expediente, pese a que se allegó los documentos que acreditan pagos a la Sistema de Seguridad Social, no se presentó una certificación del fondo de cesantías al que estaba afiliada la demandante que hubiere permitido observar la fecha a partir de la cual se materializó la omisión, máxime si se tiene en cuenta que como consecuencia de la inasistencia de los representantes de las sociedades demandadas se les impuso la sanción del artículo 105 del CGP, se dispuso tener como cierto los hechos de la demanda susceptibles de confesión como se constata en el acta de la audiencia celebrada el 23 de marzo de 2022, lo cual facilitó que se generara las condenas emitidas en la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, al tener la demandante entre sus funciones lo relacionado con el pago de nómina al personal, ya que era la misma demandante la encargada de efectuar los pagos que la ley determina deben efectuarse a los trabajadores, entre ellos, la consignación de las cesantías a un Fondo, y al ser ella trabajadora de la accionada y tener el manejo total de la empresa como lo indicaron los testigos, además de ostentar el cargo ya citado y las funciones por ella misma indicadas en la demanda, tenía la potestad y función de consignar sus cesantías a un Fondo y como quiera que no lo hizo, no puede ahora señalar que el incumplimiento se debió a una actuación de la empresa, pues el actuar fue propiamente de ella quien omitió cumplir a cabalidad con tal función, y, por ello, no se encuentra razón para condenar a la empresa accionada a la sanción por no consignación de las cesantías contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de

1990 por la omisión de las funciones propias de la señora demandante durante la vigencia del contrato respecto de la consignación de las cesantías al fondo correspondiente.

Por lo anterior, se absuelve a las demandadas por concepto de sanción por no consignación de las cesantías a un Fondo.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

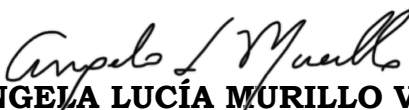
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER por concepto de sanción por no consignación de las cesantías a las demandadas TIRES SOLUTION SAS y MOTO XTREME RACING SAS, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALONSO GARCÍA OTÁLVARO

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2018 00519 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare el enriquecimiento sin causa y el cobro de lo no debido de la Unidad en contra del pensionado demandante; como consecuencia de ello, se condene a la UGPP al reintegro de los dineros descontados al actor que ascienden a la suma de \$24.631.620 y los descontados con posterioridad a la presentación de la demanda, se condene en costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó que en caso de no poderse proferir la condena en concreto por los valores pretendidos, se profiera condena en abstracto y se permita la apertura el incidente para la liquidación final de los valores a ser reintegrados. (fl.7)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que obtuvo pensión de jubilación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y pensión de vejez por parte del ISS la cual es compartida, mayor valor que en la actualidad es pagado por la UGPP.

Al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, quedó pendiente por girar el valor de \$58.430.160 que el 7 de diciembre de 2016 fue girado a la cuenta del Ministerio de Hacienda.

A través de proceso adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja identificado con la radicación 2016-00198, se demandó a Colpensiones y fue vinculada de oficio la UGPP, quien hizo valer su derecho de contradicción y defensa, incluso aportando pruebas, proceso al interior del cual quedó demostrado que se efectuó un pago por valor de \$58.430.160 el 7 de diciembre de 2016 a la cuenta del Ministerio de Hacienda.

A la fecha se viene descontando sobre el pago que efectúa la UGPP al pensionado dineros que ya están pagados.

La UGPP se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el juez de conocimiento debe fallar conforme a los que se pruebe en el proceso.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, sobre la indexación, no pago de intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y la genérica. (fl.135)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación contra la sentencia emitida, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta, al tenor del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

El apoderado de la UGPP presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar al reintegro de los dineros solicitados en la demanda al actor.

Pruebas relevantes

Archivo 001

- A folio 22, respuesta emitida por la Unidad el 5 de septiembre de 2015.
- A folio 24, respuesta de Fiduprevisora de fecha 10 de octubre de 2012.
- A folio 26, respuesta de la Unidad de fecha 15 de noviembre de 2017.
- A folio 28, certificación de pensión emitida por Colpensiones.
- A folio 29, constancia expedida por FOPEP.
- A folio 34, descuentos históricos.
- A folio 37, respuesta de la accionada de fecha 26 de febrero de 2018.
- A folio 42, respuesta de Colpensiones emitida el 14 de agosto de 2017.
- A folio 43 a 65, actuaciones proceso 004-2016-00198.
- A folio 67, respuesta de la UGPP de fecha 29 de agosto de 2017.
- A folio 87, memorando de fecha 15 de septiembre de 2017.
- A folio 106, resolución GNR 244697 emitida el 2 de julio de 2014.
- Expediente administrativo.

Caso concreto

En el presente asunto, el demandante pretende que se ordene el reintegro de los dineros descontados de su mesada pensional por parte de la UGPP, pues en su criterio la mesada pensional debe continuársele pagando de manera completa, petición que fue negada por la juez de primera instancia al considerar que debido a que la accionada había efectuado un doble pago al actor, ninguna suma debía serle devuelta.

Para definir el caso se encuentra lo siguiente:

Mediante resolución N° 002 del 15 de enero de 1992 la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero reconoció pensión de jubilación al señor Alonso García a partir del 16 de noviembre de 1991 en cuantía inicial de \$222.677, prestación que fuera reajustada a través de resolución N° 1541 de 21 de mayo de 1992 a partir del 1 de enero de 1992 en la suma de \$297.062.08.

Por su parte, el ISS reconoció al demandante pensión de vejez de carácter compartido a partir del 24 de marzo de 2009 por valor de \$1.772.526, por medio de acto administrativo N° 032439 de 14 de septiembre de 2011, y un retroactivo por la suma de \$58.430.160, monto que dejó en suspenso hasta tanto se aportara la documental del asegurado para girar el retroactivo al patrono (fl.154 archivo 002).

Posteriormente, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia resolvió compartir con el ISS la pensión de vejez otorgada al actor a partir del 24 de marzo de 2009, a través de resolución 187 de 26 de enero de 2012, en la siguiente proporción:

- Valor pensión reconocida por la Caja Agraria: \$2.275.810.67
- Valor pensión reconocida por el ISS: \$1.772.526
- Diferencia a cargo del Consorcio FOPEP: \$503.284.67.

Y en el artículo tercero dispuso: “Descontar de la mesada pensional que le corresponde asumir al Consorcio FOPEP el 50% hasta la concurrencia del monto pagado por mayor valor con respecto a la pensión reconocida por el Seguro Social.” (fl.24 archivo 010)

Con documento de fecha 10 de octubre de 2012, la accionada le informó al demandante lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que su pensión de jubilación fue compartida con la pensión de vejez del Seguro Social, pensión que fue reconocida a partir del 24 de marzo de 2009 ingresándose en nómina de octubre de 2011, me permito manifestarle que se ha incurrido en un doble pago de mesadas durante el periodo 24 de marzo de 2009 hasta agosto de 2012, por lo que usted adeuda la suma de \$65.891.320, valor que se recaudará de acuerdo con lo manifestado en el artículo tercero de la resolución N° 187 del 26 de enero de 2012.”

Mediante acto administrativo GNR 244697 de 2 de julio de 2014, Colpensiones ordenó girar a la UGPP el valor de \$58.430.160 por concepto de retroactivo pensional del periodo comprendido entre marzo de 2009 a septiembre de 2011. (fl.106 archivo 001)

Ante la inconformidad del demandante frente al retroactivo pensional, presentó demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y la UGPP, la que correspondió por reparto al Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Tunja identificada con la radicación 2016-00198, a través de la cual solicitó se le pagara dicho monto, o, en subsidio, se le cancelara el valor a la UGPP (fl.13 archivo 001).

En el trámite de dicho proceso y debido a que la juez requirió tanto a Colpensiones como a la UGPP para que se le brindara información frente al retroactivo pensional y si el mismo había sido girado por Colpensiones, en qué monto y recibido por qué entidad, la Administradora contestó el 25 de septiembre de 2017 que por medio de la resolución GNR 244697 de 2 de

julio de 2014 se había ordenado girar el valor de \$58.430.160 por concepto de retroactivo pensional a la UGPP (fl.90 archivo 001), y la UGPP respondió el 29 de agosto de 2017 lo siguiente:

*“De conformidad con lo ordenado en la Resolución 187 del 26 de enero de 2012, la Fiduprevisora grabó descuentos a partir de la nómina del mes de septiembre de 2012 por la suma de **\$65.891.320** por el período comprendido entre el año 25 de marzo de 2009 a agosto de 2012, se anexa liquidación detallada de dichas sumas, reintegrándose a la fecha **\$17.981.456** presentando a la fecha un saldo de **\$47.909.864**, se anexa oficio 02129 del 10 de octubre de 2012 emanado de la Fiduprevisora y el reporte de los descuentos efectuados a la mesada del causante.*

*Así mismo se informa que en el mes de diciembre de 2016, COLPENSIONES giró un retroactivo a favor de la Nación por la suma de **\$58.430.160**, valores ordenados en la Resolución 32439 del año 2011.”*

Liquidación por valor de \$65.891.320 que reposa a folio 93 del archivo 002 (valor que hace referencia a los mayores valores que se pagó en suma superior por la accionada), suma sobre la que se le fueron efectuando los descuentos mensuales respectivos al actor y frente a los cuales se encuentra inconforme tal y como se corrobora a folios 27 a 31 del archivo 010; documento en el que se evidencia que a partir de septiembre de 2012 de la mesada total recibida por el demandante le fue siendo descontado un porcentaje que es el que ahora reclama le sea reintegrado.

Finalmente, la UGPP el 16 de marzo de 2021 informó que “Adicionalmente, se procede a realizar el cálculo de los dobles pagos por concepto de Compartibilidad de las diferencias entre la pensión de vejez y pensión jubilación, del periodo comprendido entre el 24 DE MARZO DE 2009 hasta el 31 DE DICIEMBRE DE 2011, determinando que el valor corresponde al total de **\$81.370.227,00 M/cte.**”, y que teniendo en cuenta los cálculos se había procedido a calcular los valores que debían ser reintegrados a la Nación teniendo en cuenta el valor del “RETROPATRONO” reportado por COLPENSIONES a LA UNIDAD, quedando un saldo de \$22.940.065

Y señaló la accionada en el mismo documento lo siguiente:

“Se le descontó (REINTEGRO NACION COMPARTIBILIDAD), del periodo comprendido entre el mes de septiembre de 2012 hasta el mes de mayo de 2018, el valor de \$21.029.772,00 M/cte.

Posteriormente, se reintegró a la nación (descuento por nómina), el saldo a cargo del causante, del periodo comprendido entre el mes de junio de 2018 hasta el mes de septiembre de 2018, por valor total de \$1.910.293,00 M/cte.

...Dada la Explicación anterior, se aclara que los descuentos que fueron aplicados a cargo del causante ALONSO GARCIA OTALVARO, fueron los mayores valores generados por la Compartibilidad, los cuales fueron informados al Consorcio FOPEP por la Extinta Caja Agraria, y una vez COLPENSIONES gira el Retropatrono LA UNIDAD al realizar los cálculos suspende estos descuentos e informa el saldo que debe reintegrar a la nación el causante.” (fl.5 archivo 010).

Pues bien, conforme al anterior recuento fáctico y probatorio, encuentra la Sala acertada la decisión emitida por la juez a quo en la medida que debido a que la pensión reconocida al señor Alonso García lo fue de carácter compartida, aspecto sobre el cual no se presentó discusión alguna en este proceso, la Unidad Administrativa tan sólo debía asumir el mayor valor entre la pensión reconocida por la Caja Agraria y la pensión de vejez otorgada por el ISS, y no, como lo hizo, pagar la mesada completa pues se reitera, tan solo debía asumir un mayor valor.

Así las cosas, las sumas descontadas al demandante desde septiembre de 2012 que se puede corroborar con el documento denominado “DESCUENTOS HISTORICOS” y que asciende a la suma de \$21.029.772 (fl.34 archivo 001) y que hace referencia a la suma solicitada en la demanda, no es posible le sea reintegrada al señor Alonso García ya que no le correspondía recibir de manera completa la mesada pensional a cargo de la entidad demandada, sino por el contrario, tan solo el mayor valor en virtud a la compartibilidad pensional anunciada en la resolución N° 032439 de 14 de septiembre de 2011.

En esa dirección, se confirmará la decisión consultada por lo expuesto.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia al surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

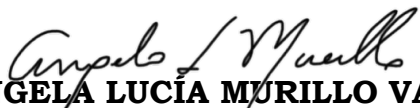
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

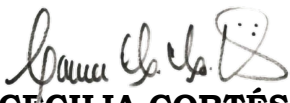
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS JULIO CRISTANCHO

DEMANDADO: COLPENSIONES, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, PORVENIR, SKANDIA, COLFONDOS, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00054 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte actora pretende que se *declare* la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con la AFP Porvenir, en tanto se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir al momento de realizar el traslado, específicamente el hecho de no habersele informado el valor de su mesada pensional, por lo que el traslado realizado deviene en ineficaz; para que como consecuencia de lo anterior, se establezca que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones y se *condene* a Porvenir a declarar la ineficacia de su afiliación, al igual que al reconocimiento y pago de las diferencias entre el valor pagado por concepto de pensión en el RAIS y el valor que corresponde el RPM hasta cuando sean trasladados los aportes a Colpensiones; igualmente, a trasladar a Colpensiones los aportes, los frutos e intereses, rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración; se condene a Colpensiones a aceptar dicho traslado, a registrarlo como su afiliado y pagar

su mesada pensional; las costas del proceso incluyendo las agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (archivo 001 f.º 9-10)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 8 de septiembre de 1955 y el 1 de octubre de 1995 se trasladó de régimen a fondo de pensiones y cesantías Colpatria hoy Porvenir, en razón a que los asesores le manifestaron que se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el ISS y que además accedería a su derecho pensional a una edad más temprana; agregó que en junio de 1988 se trasladó al fondo de pensiones y cesantías Colfondos, luego en octubre de 2006 se trasladó a Skandia hoy Old Mutual S.A y, finalmente, el 10 de septiembre de 2008, retornó al fondo de pensiones Porvenir donde actualmente se encuentra afiliado y pensionado; agregó que mediante oficio del 11 de diciembre de 2017 Porvenir le reconoció una pensión en la modalidad de renta vitalicia; finalmente, indicó que solicitó la invalidación de su afiliación y retorno a Colpensiones, petición que fue despachada desfavorablemente por las demandadas. (archivo 01 f.º 10-12)

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que el origen de la presente acción no es la falta de información sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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, la genérica, buena fe. (archivo 01 f.º 98-111)

PORVENIR se opuso a las pretensiones con sustento en que brindó información veraz al demandante, toda vez que se le explicaron las características técnicas del Régimen de Ahorro Individual, que se encuentran estipulados en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, el traslado de régimen pensional fue completamente válido, máxime cuando no se aporta prueba que permita concluir algo diferente.

Formuló como excepciones de mérito las siguientes: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (archivo 03 y archivo 1 f.º 153 – 154)

El A Quo mediante providencia calendada el 18 de febrero de 2021 ordenó la vinculación de la AFP Colfondos S.A y Skandia S.A. (archivo 01 f.º 127)

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías al momento de contestar la demanda indicó que no presentaba oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucre a dicha la sociedad y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS S.A.

Propuso como excepciones las de buena fe, innominada o genérica, compensación y pago. (archivo 04)

SKANDIA Administradora de fondo de pensiones y cesantías se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que el señor CARLOS JULIO CRISTANCHO RODRIGUEZ se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) dado que su afiliación se realizó atendiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole al demandante toda la información pertinente para que tomara una decisión consiente.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, genérica y pago (archivo 05)

La Juez a través de auto calendado el 31 de mayo de 2021 admitió el llamamiento en garantía de la sociedad Positiva Compañía de Seguros, solicitado por la demandada Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir y vinculó a la presente Litis al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (archivo 01 f.º 144- 147)

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** manifestó que se oponía a todas las pretensiones de la demanda, debido a que esa cartera no es la competente para satisfacer lo deprecado por el demandante.

Explicó que una vez causada la fecha de redención normal del bono pensional del actor, el 08 de septiembre de 2017, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público procedió a redimir- pagar el bono pensional, trámite que se adelantó por medio de la Resolución No. 17110 de fecha 27 de septiembre de 2017, sin que actualmente exista algún trámite pendiente por atender por parte de esta oficina en relación con dicho beneficio.

Adicionalmente, el accionante solicitó ante la AFP PORVENIR el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación que fue otorgada por la Administradora de Pensiones con efectividad a partir del mes de diciembre de 2017 bajo la modalidad de renta vitalicia, según contrato

suscrito con la aseguradora de vida POSITIVA S.A. y de la cual disfruta desde ese memento.

Formulo las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe. (archivo 01 f.º 157 -190)

Finalmente, **Positiva Compañía de Seguros S.A.** se opuso a las pretensiones al señalar que esa entidad sólo administra las prestaciones derivadas de la relación laboral, por lo que nada tiene que ver con lo pretendido por el demandante.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la casusa por pasiva, inexistencia del vínculo legal o contractual, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y la genérica. (archivo 07)

En cuanto al llamamiento en garantía, indicó que se oponía en la medida que los anexos y condiciones de la póliza adquirida para administrar la prestación económica del demandante CARLOS JULIO CRISTANCHO RODRÍGUEZ fueron expresamente pactados, por lo que las condenas no pueden hacerse extensivas por no encontrarse cubiertas.

Formuló las excepciones que denominó: falta de legitimación en la casusa por pasiva, inexistencia del vínculo legal o contractual, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y la genérica. (archivo 07)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de mayo de 2022, negó las pretensiones incoadas por el demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la parte actora no presento recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor en virtud de lo expuesto en el artículo 69 del CPT y SS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes demandante, Colpensiones, Porvenir y Positiva presentaron alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, aun cuando ostenta la calidad de pensionado.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 32, cédula de ciudadanía del actor que informa que nació el 8 de septiembre de 1955.
- A folios 36-38, formularios de vinculación a Colpatria y Horizonte.
- A folio 39-41, historia laboral en Colpensiones que acredita un total de 392.43 semanas.
- A folio 61, comunicación adiada el 11 de diciembre de 2017 en la que se informa al actor que su solicitud pensional ha sido aprobada.

Archivo 03

- A folio 27 registro SIAFP
- A folio 35, solicitud pensional.
- A folio 51 contratación renta vitalicia.

Interrogatorio de parte al demandante.

Caso Concreto

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 40 años, se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 392.43 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP PORVENIR S.A. rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Actualmente, el demandante ostenta la calidad de pensionado en la modalidad de renta vitalicia, como se confesó en los hechos de la demanda y se corrobora con las documentales de folios 61 a 63 del archivo 01, 35 y 51 del archivo 03 y las incorporadas por Positiva (archivo 07)

La juez de primera instancia negó la ineficacia del traslado al tener en cuenta la calidad de pensionado del actor.

En ese orden de ideas, respecto de la decisión del juez de negar la ineficacia del traslado, se tiene que se sustenta en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 Radicación 84475, al estudiar un caso similar a este, esto es, cuando quien peticiona ineficacia del traslado tiene la calidad de pensionado y no de afiliado, en la que concluyó que la calidad de pensionado era una situación jurídica que ya se encontraba consolidada y que revertir la misma, podría afectar derechos e intereses de un gran número de actores del sistema y tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; en esa oportunidad indicó:

“...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 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...”

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...”

Por lo anterior, resulta pertinente confirmar la decisión de la juez A quo en cuanto negó la ineficacia del traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

Adicional a lo ya expuesto, es de anotar que aceptar el traslado de régimen de pensiones de una persona pensionada afecta el principio constitucional de sostenibilidad, siendo del caso recordar lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada

uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Bajo ese panorama, es dado concluir que el traslado de régimen de pensiones de una persona pensionada en uno de ellos, si afecta el principio constitucional de sostenibilidad, siendo este otro motivo para confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Ahora en relación con la pretensión segunda condenatoria en la que se solicita se condene a la AFP PORVENIR S.A. *“al reconocimiento y pago de las diferencias entre el valor pagado por concepto de pensión en el Régimen de Ahorro Individual y el valor de la pensión que le corresponde en el régimen de prima media a partir de la fecha del reconocimiento de la prestación y hasta cuando san trasladados los aportes a COLPENSIONES”*, es de anotar que tal y como lo señaló el A-Quo este no fue un asunto que se discutiera en el curso de la primera instancia, en razón a que no se debatieron los hechos que dieron lugar a los mismos, dado que la pretensión era la ineficacia traslado y el retorno a la entidad que administra el régimen de prima media.

Para ello, pertinente resulta traer a colación lo dispuesto en la sentencia SL3850 de 2020, radicado 70515 en donde rememoró lo señalado en sentencia SL2808-2018, respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que radican en cabeza de los jueces de única y primera instancia, en donde explicó que:

“[...] Así, la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables

del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662-98 del 12 de noviembre de 1998).”

Por lo anterior, se concluye que las pretensiones del demandante al igual que en el caso estudiado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 Radicación 84475 estaban dirigidas a la ineficacia del traslado de régimen y no la reparación de perjuicios.

Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

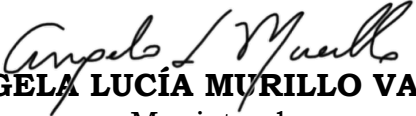
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

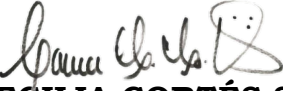
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, por el juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RICARDO JUAN BENDEK MUNEVAR

DEMANDADO: AVIANCA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00199 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de las parte demandante respecto de la sentencia proferida el 04 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 3 de abril de 1989 al 1 de febrero de 2018, que fue ilegal el despido y, como consecuencia de ello, se condene al reintegro del actor junto con el pago de salarios y prestaciones legales y extralegales compatibles con el reintegro y las costas del proceso (fl.4 archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que ingresó a trabajar como piloto el 3 de abril de 1989 y despedido a partir del 1 de febrero de 2018.

La Organización de Aviadores de AVIANCA presentó a la empresa el 3 de febrero de 2017 un pliego de peticiones que culminó con Acuerdo Colectivo el 31 de marzo de ese mismo año, estableciendo como vigencia del convenio el periodo de 1 de abril de 2017 a 31 de marzo de 2020.

La cláusula 80 del Acuerdo Colectivo estableció un procedimiento que Avianca estaba obligada a cumplir cuando decidiera despedir por justa causa a un piloto, el que no fue cumplido en este caso.

El demandante estuvo incapacitado del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2016, hospitalizado desde el 2 al 8 de diciembre de 2016, incapacitado nuevamente del 3 al 31 de diciembre de 2016, 9 a 24 de marzo de 2017 y 25 de marzo a 1 de agosto de 2017.

Por no haber podido cumplir las actividades de vuelo debido a las incapacidades médicas presentadas, el demandante necesitaba la renovación de su licencia médica para volar y un reentrenamiento en el tipo de avión B787 que venía operando, renovación efectuada el 26 de octubre de 2017 por el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil.

En el mes de noviembre de 2017, el actor comenzó un proceso de reentrenamiento en Avianca para reanudar sus actividades de vuelo, debía efectuar entrenamientos en simulador de vuelo y entrenamientos virtuales (CPAT).

Avianca concedió vacaciones al actor indicándole que debía reintegrarse el 31 de diciembre de 2017; el 2 de enero de 2018, el actor comunicó a la empresa que le practicarían una cirugía el 17 de enero de 2018, la que le generó una incapacidad del 17 de enero al 15 de febrero de 2018.

CAXDAC reconoció pensión de jubilación al accionante a partir del 24 de diciembre de 2002.

AVIANCA S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que la terminación del contrato de trabajo fue legal y surtió todos sus efectos, en la medida que el demandante obtuvo el reconocimiento de la pensión.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó terminación del contrato de trabajo con justa causa, no estabilidad laboral reforzada del actor, no defendida no aplicó la cláusula 80 de Acuerdo con la ODEAA, mi defendida no aplicó el parágrafo de la cláusula 81 del Acuerdo con la ODEAA, el actor no posee acción de reintegro, no aplicabilidad de la cláusula 61 de Acuerdo con la ODEAA, excedencia del demandante, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cumplimiento de la demandada de las obligaciones, falta de aplicación de las normas legales, cobro de lo no debido, la genérica y prescripción (fl.419 archivo 01).

La apoderada de la parte demandante presentó **reforma de la demanda** en relación con los medios de prueba (fl.525 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de mayo de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de terminación del contrato de trabajo con justa causa y no estabilidad laboral reforzada del actor. Condenó en costas al demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente la parte demandante con los siguientes argumentos: **i)** No se siguió el procedimiento establecido en la cláusula 80 del Acuerdo Convencional para despedir al demandante, **ii)** la cláusula 81 se aplica para los trabajadores a quienes les hubiere sido reconocida pensión por parte de Avianca, y en este caso la pensión reconocida al actor lo fue por CAXDAC, **iii)** Avianca no demostró que el demandante no era excedente y si era excedente y no podía trabajar ha debido darle la oportunidad establecida en la cláusula 61 del Acuerdo Convencional, **iv)** no es cierto que el demandante fuera excedente pues no se comprobó, además, la demandada solicitó la contratación de pilotos extranjeros y no se siguieron los parámetros del Acuerdo Convencional, ya que el retiro del trabajador no se hizo de manera descendente porque había mayores que seguían trabajando.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si el despido del demandante es ineficaz al no seguirse los parámetros establecidos en el Acuerdo Convencional suscrito entre ODEAA y AVIANCA, y, en caso afirmativo, **ii)** establecer si hay lugar al reintegro y pago de prestaciones solicitadas en la demanda.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes

Archivo 01

- A folio 61, certificación laboral.
- A folio 63, depósito del Acuerdo Colectivo de Trabajo.
- A folio 65, Acta de finalización de etapa de arreglo directo del pliego de peticiones recibido el 3 de febrero de 2017.
- A folio 69, Acuerdo Colectivo de Trabajo suscrito entre Avianca y ODEAA.
- A folio 177, certificación de afiliación al sindicato ODEAA.
- A folio 179, carta de reconocimiento laboral.
- A folio 181, 281 a 294, historia clínica del demandante.
- A folio 243, solicitud de información UAEAC del demandante.
- A folio 245, 295, 297, 299, 301, 303, 305, 307, 309, certificado médico.
- A folio 249 a 264, 268, 269, 271 a 279, correos electrónicos de programa de entrenamiento y vacaciones.
- A folio 265, concesión de las vacaciones al demandante.
- A folio 311, reconocimiento de pensión por parte de CAXDAC.
- A folio 313, modificación al contrato de trabajo.
- A folio 323, 329, 337, solicitud para designar pilotos extranjeros como comandantes a bordo de aeronaves colombianas por esa aerolínea.
- A folio 335, concepto técnico para la autorización de pilotos extranjeros por la empresa Avianca.
- A folio 343, escalafón de pilotos de Avianca.
- A folio 361 a 369, recibo de pago de nómina.
- A folio 371, certificado de aportes al sistema de seguridad social integral.
- A folio 373, carta de terminación del contrato de trabajo.
- A folio 381, certificación laboral expedida por Avianca a CAXDAC.
- A folio 383, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 385, registro civil de nacimiento del demandante.
- A folio 443, contrato de trabajo.
- Interrogatorio.
- Testimonios.

Archivo 02

- A folio 1, Escalafón técnico ajustado.

Caso concreto

En el presente asunto no existió reparo por ninguna de las partes respecto de las siguientes situaciones fácticas:

-Entre Avianca y el señor Juan Bendek Munevar existió un contrato de trabajo desde el 3 de abril de 1989 hasta el 1 de febrero de 2018, el cual terminó por decisión unilateral de la empresa.

- La Organización de Aviadores de Avianca ODEAA suscribió un Acuerdo Colectivo con Avianca el 10 de abril de 2017, estableciendo como vigencia del convenio el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2017 a 31 de marzo de 2020.

-La CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE ACDAC CAXDAC reconoció al demandante pensión de jubilación a partir del 24 de diciembre de 2002.

La discusión central gira en torno al despido del actor, el que, a criterio de la parte apelante, resulta ineficaz en la medida que no se aplicaron las cláusulas del Acuerdo Convencional referente a la imposibilidad de despedir al trabajador pensionado hasta tanto no se sustentara que en la empresa se presentaba un excedente de aviadores, aunado al hecho que no se siguió el procedimiento establecido en dicho Acuerdo.

Pues bien, para definir la situación y una vez revisado el material probatorio aportado al expediente, se encuentra que Avianca decidió dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo dos situaciones, la primera, la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada, y la segunda (que es la que fue apelada), el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

En dicha carta de terminación y en lo relacionado con el recurso de apelación se indicó:

“(…)

7. Que, resulta evidente que, al no venir prestando sus servicios por cerca de 13 meses sin que la operación se hubiere afectado, su cargo es excedente para el equipo B787, por lo que la Empresa se encuentra habilitada en su caso a ejercitar la justa causa derivada de la percepción de su pensión de vejez.

(…)

Así las cosas, de conformidad con la regulación vigente en materia laboral en Colombia, al usted encontrarse pensionado y efectivamente incluido en la nómina de CAXDAC, se encuentran probados los presupuestos fácticos para la terminación de su contrato de trabajo con

justa causa, en especial las siguientes disposiciones del Decreto-Ley 2351 de 1965 artículo 7, literal a, numeral 13 y 14, concordantes con el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003...”

Señala la apelante que no se siguió el procedimiento establecido en la cláusula 80 del Acuerdo Colectivo que dispone:

“CLÁUSULA 80. PROCESOS DISCIPLINARIOS

En los casos en que la Empresa tenga que adelantar un proceso disciplinario o despedir por justa causa a un Piloto, se dará aplicación al siguiente procedimiento:

...

Parágrafo Primero: *Carecerán de valor las sanciones disciplinarias o retiros por justa causa que se impongan pretermitiendo estos trámites...”*

Es decir, taxativamente contempló el Acuerdo Convencional un procedimiento que Avianca debía seguir en caso de despedir con justa causa al empleado, lo que en este caso efectivamente como lo afirma la parte actora no se llevó a cabo, o por lo menos Avianca no lo probó, empero olvida la recurrente que el mismo Acuerdo en el parágrafo de la cláusula 81 establece:

“CLÁUSULA 81. JUBILADOS/PENSIONADOS

La decisión de llamar a jubilación/pensión a un piloto será tomada por un comité conformado por el Vicepresidente Senior de Operaciones y Técnica y el Vicepresidente Senior de Talento Humano, o por las personas que ellos designen en la misma categoría, quienes notificarán al piloto la decisión tomada.

Parágrafo Primero: *En los casos en los cuales la Compañía quiera hacer uso de la causal de terminación unilateral del contrato de trabajo derivada del reconocimiento de la pensión, no será necesario adelantar el proceso disciplinario.”*

Así las cosas, debido a que en este asunto como se indicó CAXDAC reconoció pensión de jubilación al señor Ricardo Bendeck a partir del 24 de diciembre de 2002 en cuantía inicial de \$3.827.601 (fl.311), no resultaba necesario para la empresa adelantar proceso disciplinario alguno pues fue voluntad de las partes al suscribir el mencionado documento, acordar tal cláusula.

En relación con el argumento respecto que la cláusula se refería a aquellas personas a quienes Avianca les reconociera la pensión y no otra entidad, claramente se evidencia del parágrafo primero que no se hizo tal distinción, en la medida que se refiere en general al “reconocimiento de la pensión”, concluyéndose entonces que la condición es que el trabajador se encuentre pensionado, sin impotar quién reconoció la prestación, se reitera, tan sólo que ostente dicha calidad.

Otro argumento de la recurrente contra la sentencia emitida en primera instancia, es que Avianca solo podría aducir como justa causa del despido el reconocimiento de la pensión de jubilación pero “en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado”, lo que, en su sentir, no ocurrió.

Para ello, se evidencia a folio 313 “MODIFICACIÓN (OTROSI) AL CONTRATO DE TRABAJO AVIANCA” suscrito por las partes el 15 de enero de 2003, en el que se acordó que pese al reconocimiento pensional el actor continuaría trabajando para Avianca, el cual señala en las cláusulas octava y novena, que sea de paso mencionar fueron citadas en la carta de terminación del contrato, lo siguiente:

***“Octavo:** La compañía se compromete con el Aviador, a no dar por terminado el contrato de trabajo mediante la aplicación del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo (...), entre el 1° de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 o hasta que el aviador cumpla los 54 años de edad, lo que ocurra después. En caso que el aviador que suscribe el presente acuerdo a enero 1 de 2003 tenga 52 o 53 años de edad cumplidos, la garantía aquí consagrada se amplía hasta el 30 de junio de 2005. Así mismo, la empresa se compromete a que, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, no dará por terminado el contrato de trabajo del aviador dando aplicación al artículo 64 del CST, hoy artículo 6 de la ley 50 de 1990 (terminaciones unilaterales del contrato sin justa causa)”.*

***Noveno:** A partir de enero 1 de 2005, solo en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado, la Empresa podrá aducir la justa causa de terminación basada en la jubilación del Aviador y retirar por esta vía, en primer término y en orden descendente de edad, a los Aviadores jubilados con 54 años de edad o más que sean necesarios para eliminar tal excedente.”*

Bajo ese panorama y como una de las causales de despido invocadas por Avianca (y que es objeto de apelación), se relaciona con la calidad de

jubilado, debía la accionada sustentar que existía un excedente de aviadores.

Al verificar tal situación se encuentra que en la misma carta de terminación con relación al excedente de pilotos la accionada le indicó al demandante que conforme al reporte generado por la gerencia del SOC, el último vuelo por él ejecutado había sido el N780AV realizado el 18 de noviembre de 2013 (fecha que conforme lo indicó el representante legal fue anotada equivocadamente por Avianca pues debió ser 2016), es decir hacía más de trece meses y que resultaba evidente que al no venir prestando sus servicios por dicho tiempo sin que la operación se hubiere afectado, su cargo era excedente para el equipo B787, motivo por el que la empresa se encontraba habilitada para hacer uso de la justa causa derivada de la percepción de la pensión de vejez.

En esa dirección encuentra la Sala que la empresa al momento de la terminación del vínculo laboral si sustentó por qué el demandante se encontraba como un aviador excedente para la Compañía, y es que al revisar la documental aportada al proceso se confirma lo aducido por Avianca por lo siguiente:

Reposan incapacidades médicas otorgadas al demandante para los siguientes periodos:

- 30 de noviembre a 2 de diciembre de 2016 (fl.789)
- 3 a 31 de diciembre de 2016 (fl.205)
- 9 a 14 de marzo de 2017 (fl.209)
- 15 a 24 de marzo de 2017 (fl.213)
- 25 de marzo a 23 e abril de 2017 (fl.219)
- 24 de abril a 23 de mayo de 2017 (fl.221)
- 24 de mayo a 22 de junio de 2017 (fl.223)
- 23 de junio a 22 de julio de 2017 (fl.225)
- 23 de julio a 1 de agosto de 2017 (fl.227)
- 17 de enero a 15 de febrero de 2018 (fl.293)

De las que se desprende que durante varios meses dadas las incapacidades médicas el accionante no prestó sus servicios, tiempo en el que no se vio afectada la operación de la accionada ante la ausencia de dicho piloto, por lo que, tal y como lo señaló la accionada en la contestación a la demanda, la cantidad de recursos humanos fueron adecuados para las provisiones de oferta o demanda de la empresa, razón por la que se acredita el excedente señalado en la carta de terminación del contrato, sin que tal situación fuera desvirtuada por el demandante, aunado a que se acredita y se reconoce en

los hechos de la demanda que el actor goza de la pensión de jubilación reconocida por CAXDAC, aunado a que para la fecha del despido superaba la edad de 54 años.

Si bien no se desconoce el argumento del apelante de que AVIANCA necesitaba de los pilotos porque solicitó autorización para la contratación de pilotos extranjeros para realizar la operación aérea, es de anotar que dichas solicitudes se realizaron en fecha posterior a la desvinculación del actor, conforme a las documentales que reposan a folios 323 a 337, en los que se observa lo siguiente:

El 3 de abril de 2018, fecha posterior al despido del demandante, el director general de la Aeronáutica Civil le manifestó al presidente ejecutivo de Avianca lo siguiente:

“En atención a la comunicación reseñada, con radicado 2018015687 de febrero 28 de 2018, mediante la cual AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –AVIANCA- justifica la necesidad de que se le autorice la designación temporal de un grupo de pilotos extranjeros para que se desempeñen como comandantes en el equipo Boeing 787, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

(...)

Visto lo anterior, este Despacho autoriza a la empresa AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –AVIANCA-, para designar un grupo de seis (6) pilotos de nacionalidad extranjera como comandantes (pilotos al mando) e instructores de vuelo para la flota Boeing 787...”

Y en ese mismo sentido la Aeronáutica Civil emite otros conceptos aprobando la designación de pilotos e instructores de vuelo para la flota Boeing 787, sin embargo, tal y como las mismas misivas lo indican, las fechas en que se efectuaron tales aprobaciones lo fueron con posterioridad al despido del actor, aunado al hecho que, se reitera, para el momento de la terminación del vínculo Avianca sustentó en debida forma el motivo por el que el demandante pensionado resultaba ser un piloto excedente para la empresa.

Aduce también la recurrente que el retiro del demandante no se hizo bajo los parámetros de la cláusula novena de la modificación al contrato de trabajo, ello por cuanto no se llevó a cabo el despido de manera descendente, pues en el interrogatorio el representante legal de Avianca había señalado que pilotos mayores continuaban trabajando, como por ejemplo el Capitán

Efraín Arturo Ospina, Esteban Blanco y Gilberto Rafael de Castillo, quienes fueron reubicados.

Frente al tema y contrario a lo indicado en el recurso, las personas antes citadas según lo dicho por el mismo representante legal de la accionada ya no trabajan en la empresa en virtud a la condición de pensionados que en la actualidad ostentan y que como el mismo representante lo expuso, les fue terminado el contrato de trabajo días después de la fecha de terminación del actor, a excepción del señor Esteban Blanco de quien indicó tan sólo hasta el día antes de rendir ese interrogatorio, les había llegado la comunicación del reconocimiento pensional bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 y afirmó que a la fecha no había un solo piloto pensionado que continuara operando en la aerolínea pues habían sido retirados de la empresa.

Finalmente, señala la apoderada del demandante en el recurso que no se le dio al actor la oportunidad contemplada en la cláusula 61 del Acuerdo Convencional para continuar trabajando, estipulación que prescribe (fl.123):

“CLÁUSULA 61. ESTABILIDAD DE INCAPACITADOS PARA VOLAR

En caso de pérdida de la capacidad para volar por razones médicas, la Empresa dará otro cargo acorde a su posición, experiencia y capacidades.

Parágrafo Primero:

Siempre que sea conducente, la Empresa le ofrecerá a esta persona facilidades de capacitación interna que le permitan adaptarse al nuevo sistema de trabajo en un cargo acorde con el nivel salarial que tiene como Piloto.

Parágrafo Segundo:

En todo caso, el piloto deberá comprometerse en el proceso de reubicación y capacitación que la Empresa desarrolle para tal efecto.

Pues bien, tal y como lo señala la misma disposición esta aplica en caso de pérdida de la capacidad para volar por razones médicas, pero esta no fue la causa para la terminación del contrato y por tanto no resultaba obligatorio para Avianca cumplir el procedimiento señalado en tal cláusula como lo pretende la apelante, además que para que la empresa despidiera al señor Ricardo Juan Bendek por ostentar la calidad de pensionado no requería cumplir una condición diferente a la de sustentar la existencia de excedentes de aviadores y realizar dicho despido de manera descendente de edad de aviadores jubilados con 54 años de edad o más, condiciones que se

cumplieron en este asunto, o por lo menos, no se demostró lo contrario, porque se expuso en el interrogatorio que la persona que tenía más edad que el demandante no ostentaba la calidad de pensionado para la fecha en que fue desvinculado el demandante.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por no encontrarse acreditadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: WILLIAM ROMERO PINZON

DEMANDADO: MYJOTA LTDA, PYXEL FACTORY SAS, MIRIAM BARRETO DE GUAYAMBUCO, MONICA GUAYAMBUCO BARRETO, JOSÉ JOAQUÍN GUAYAMBUCO QUINTERO, JOSÉ LUIS GUAYAMBUCO BARRETO y JOAQUIN RICARDO GUAYAMBUCO BARRETO.

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2020 00237 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada respecto de la sentencia proferida el 22 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y dos (32°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de los siguientes contratos de trabajo; con la empresa MYJOTA LTDA cuyo vínculo laboral data de 17 de julio de 1985 y PIXEL FACTORY SAS con quien finalizó la relación laboral en el comienzo de marzo de 2020, y, consecuencia de ello, se condene a las demandadas en solidaridad al pago de salarios impagados por los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2020, prima legal de servicios correspondientes al 1 de enero de 2019 hasta el 31 de julio de 2020, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria por no haberse cancelado a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos al trabajador en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo (fl.8 archivo 03 del expediente digital).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que entre las partes existió dos contratos de trabajo, uno iniciado con la empresa MYJOTA LTDA el 17 de junio de 1985 a través del cual desempeñó el cargo de conductor y distribuidor de pedidos, contrato a término indefinido y otro con la empresa PIXEL FACTORY S.A.S, cuya representante legal es la señora MONICA GUAYAMBUCO BARRETO, hija del representante legal de MYJOTA LTDA, señor JOSÉ JOAQUÍN GUAYAMBUCO QUINTERO. Con esta sociedad laboró los últimos 6 meses de vinculación y fue la que canceló sus salarios hasta el comienzo de marzo de 2020.

El último salario recibido por el accionante fue la suma de \$1.488.000.

La empresa PIXEL FACTORY S.A.S. desde el mes de marzo de 2020 dejó de cancelar los salarios al demandante y se dio por terminado el contrato de trabajo de forma tácita sin beneficio de indemnización. La apoderada de la parte demandante intentó comunicarse desde mayo 26 con la empresa para hacer la reclamación correspondiente y llegar a un acuerdo, pero no obtuvo respuesta de la parte demandada.

PIXEL FACTORY SAS se opuso a las pretensiones porque no existió una relación laboral con el demandante y presentó las excepciones de mérito de inexistencia de contrato de trabajo entre las partes por no concurrir los tres elementos esenciales del contrato de trabajo; inexistencia de responsabilidad solidaria por ausencia de vínculo jurídico contractual con la sociedad MYJOTA SAS; mala fe del demandante; cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación, excepción genérica.

MONICA GUAYAMBUCO BARRETO contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque no existió relación laboral con el demandante y la responsabilidad solidaria con la sociedad MYJOTA LTDA es limitada en concordancia con el artículo 353 del Código de Comercio. Presentó las excepciones inexistencia de contrato de trabajo entre las partes por no concurrir los tres elementos esenciales del contrato de trabajo; de inexistencia de responsabilidad solidaria como socio en cuanto a la sociedad MYJOTA SAS; cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación y excepción genérica.

JOAQUIN RICARDO GUAYAMBUCO BARRETO presentó escrito de contestación de la demanda con oposición a las pretensiones porque no existió relación laboral con el demandante y la responsabilidad solidaria con la sociedad MYJOTA LTDA es limitada en concordancia con el artículo 353 del Código de Comercio. Presentó las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo entre las partes por no concurrir los tres elementos esenciales del

contrato de trabajo; de inexistencia de responsabilidad solidaria como socio en cuanto a la sociedad MYJOTA SAS; cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación y excepción genérica.

JOSÉ LUIS GUAYAMBUCO BARRETO presentó escrito de contestación de la demanda con oposición a las pretensiones porque no existió relación laboral con el demandante y la responsabilidad solidaria con la sociedad MYJOTA LTDA es limitada en concordancia con el artículo 353 del Código de Comercio. Presentó las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo entre las partes por no concurrir los tres elementos esenciales del contrato de trabajo; inexistencia de responsabilidad solidaria como socio en cuanto a la sociedad MYJOTA SAS; cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación y excepción genérica.

MYRIAM BARRETO DE GUAYAMBUCO contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque nunca existió relación laboral con el demandante y la responsabilidad solidaria con la sociedad MYJOTA LTDA es limitada en concordancia con el artículo 353 del Código de Comercio. Presentó las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo entre las partes por no concurrir los tres elementos esenciales del contrato de trabajo; inexistencia de responsabilidad solidaria como socio en cuanto a la sociedad MYJOTA SAS; cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación y excepción genérica.

MYJOTA LTDA y JOSÉ JOAQUIN GUAYAMBUCO QUINTERO presentaron escrito de contestación de la demanda en la que solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de septiembre de 2007 hasta el 16 de marzo de 2020 y se opuso a las demás pretensiones.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de inexistencia de contrato de trabajo con José Joaquín Guayambuco Quintero por no concurrir los tres elementos esenciales del contrato de trabajo; inexistencia de responsabilidad solidaria de José Joaquín Guayambuco Quintero como socio y representante legal en cuanto a la sociedad MYJOTA SAS; prescripción de los derechos laborales; buena fe del empleador como eximente de responsabilidad para la condena de indemnizaciones moratorias; mala fe de la parte demandante; cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda; inexistencia de la obligación y excepción genérica

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y dos (32º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de abril de 2022, declaró la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre la demandada MYJOTA LTDA. Y el señor William Romero Pinzón entre el 17 de junio de 1985 y 16 de marzo de 2020, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación y no probada las demás excepciones.

Condenó a la demandada a pagar:

\$793.600 por concepto de salario del mes de marzo de 2020.

\$1.802.133 por concepto de primas de servicios.

\$37.200.000 por concepto de sanción de no consignación de las cesantías.

\$35.712.000 por concepto de indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta por 24 meses por el tiempo transcurrido del 16 de marzo de 2020 al 15 de marzo de 2022. A partir del 16 de marzo de 2022, la demandada deberá pagar al demandante intereses moratorios sobre lo adeudado por concepto de salarios y primas de servicios a la tasa certificada por la superintendencia financiera y hasta el momento de su pago definitivo.

Condenó a los demandados José Luis Guayambuco Barreto, Miriam Barreto de Guayambuco, José Joaquín Guayambuco Quintero, Mónica Guayambuco Barreto y Joaquín Ricardo Guayambuco Barreto de manera solidaria, respecto de las condenas emitidas contra MYJOTA LTDA. y hasta el monto de sus aportes sociales.

Absolvió a MYJOTA LTDA. y a las demás personas naturales demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y absolvió a PIXEL FACTORY S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Condenó en costas a los demandados MYJOTA LTDA. José Luis Guayambuco Barreto, Miriam Barreto de Guayambuco, José Joaquín Guayambuco Quintero, Mónica Guayambuco Barreto y Joaquín Ricardo Guayambuco Barreto y a favor del demandante. Tásese por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. No se condenó en costas respecto de PIXEL FACTORY S.A.S.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la parte demandada indicando que **i)** respecto de los numerales tercero y cuarto; porque no proceden las condenas por sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo y los intereses moratorios sobre lo adeudado por concepto de salarios y primas por qué no se acreditó la mala fe del empleador en el proceso **ii)** Que se declare que la condena en solidaridad que se hace de las personas naturales es solidaridad en subsidiariedad, respecto de la sociedad MYJOTA LTDA: y **iii)** que se revoque la condena en costas ya que no se probó la mala fe del empleador.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones dentro del término procesal.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a emitir condena por los conceptos de sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo; si la solidaridad de los socios es subsidiaria; y si hay lugar a imponer costas.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes

- Archivo 06 del expediente digital, folio 13, certificado existencia y representación legal de la sociedad PIXEL FACTORY S.A.S.
- Archivo 03 del expediente digital, folio 45, certificado de afiliación al fondo de cesantías provenir.
- Archivo 03 del expediente digital, certificado existencia y representación legal de la sociedad MYJOTA LTDA.
- Archivo 13 del expediente digital, folio 26, constancia laboral
- Archivo 15 del expediente digital reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES del demandante.

Caso concreto

De la existencia de distintos contratos de trabajo

En el presente asunto en lo concerniente a la existencia del contrato de trabajo del demandante con MYJOTA LTDA. quedó establecido mediante un contrato a término indefinido desde el 17 de julio de 1985 hasta el 16 de

marzo de 2020, pues así fue declarado por el juez de primera instancia y ese aspecto no fue objeto de apelación.

Tampoco fue objeto de apelación lo concerniente al pago del mes de salario del mes de marzo de 2020 ni el pago de la prima de servicios.

Sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria.

La discusión se centra en que a juicio del recurrente el actuar de su representada estuvo regido por el principio de la buena fe y, por tanto, no debe imponerse la sanción por no consignación de las cesantías ni la condena por indemnización moratoria que fue impuesta en la sentencia.

Al respecto, se tiene que la sociedad no acreditó que hubiere consignado las cesantías respecto de los años 2015 a 2019, razón por la que se condenó a la sanción moratoria por no consignación de las cesantías. De dicha condena, señala la apoderada de la demandada en el recurso que no se tuvo en cuenta las actuaciones de la empleadora carentes de mala fe, puesto que la misma consignaba directamente al empleado esos aportes, aunado a esto, recalca que la situación del demandante es consecuencia de que este se ausentara de la prestación del servicio en el mes de marzo de 2020 y no de la actitud del empleador, quien busco comunicarse con su empleado y más aún en el contexto de la emergencia sanitaria que surgió en el mes referenciado. (Archivo 03, fs, 39 – 43)

Pues bien, en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que la sanción por no consignación de las cesantías no debe imponerse de manera automática, dado que se debe establecer si la conducta del empleador es carente de buena fe a fin de determinar su viabilidad dado el carácter de sanción que tiene la misma (sentencia CSJ SL6621-2017, CSJ SL8216-2016, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13050-2017, CSJ SL13442- 2017, CSJ STL10313-2017, SL3345 de 7 de julio de 2021).

La misma Corporación señaló que para imponer dicha la sanción en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador, para así determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación SL8216 de 2012, en la que se señaló:

“Esta Corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los arts. 65 del C.S.T. y 99 de la L. 50/1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no

aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).»

Pues bien, en este caso se tiene al revisar el expediente que no se desvirtúa una conducta carente de buena fe de parte del empleador porque no se acreditan pruebas documentales del cumplimiento en el deber de consignar las cesantías en el fondo autorizado para ello por parte del empleador, y si bien sería una razón atendible como de buena fe el entregarlas al trabajador de manera directa en la medida en que le fueron pagadas, y por ello, de acuerdo con la jurisprudencia no se configuraría mala fe por el empleador, pese a que se incurra en la prohibición señalada en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo porque la consecuencia de incurrir en esa prohibición es tener por no realizado el pago, es de anotar que en el presente caso si bien el demandante reconoció que se le entregó ese dinero de manera directa lo cierto es que señaló que dicho pago ocurrió en el año 2015, sin que se hubiere acreditado el pago de manera directa o la consignación por los años subsiguientes que estuvo vigente la relación laboral de trabajo, lo que acarrea confirmar la decisión de primera instancia.

Al respecto, ya se pronunció la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 42752 del 2 de abril de 2014.:

“La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía. Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al

trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto.”

En relación con la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es de señalar que no se prueban razones que justifique la mora en el pago de la liquidación definitiva de las prestaciones y salarios, dado que bien pudo el empleador acudir a las herramientas dispuestas por la Ley Laboral para pagar a su trabajador los emolumentos adeudados. Si bien no se puede desconocer los pagos parciales, que aceptó el demandante haber recibido en el interrogatorio de parte, el comprobante de solicitud de depósito judicial y el comprobante de pago, es de anotar que esto solo permite realizar el descuento de dichos pagos y limitar la indemnización hasta la fecha de la consignación, pero no es suficiente para acreditar el actuar de buena fe del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral, por ello, se confirmara la sentencia con la advertencia que la indemnización moratoria y los intereses se limitaran hasta la fecha en que se acredita la consignación de los conceptos salariales y prestacionales mediante el depósito judicial, en la medida que no se puede desconocer el pago realizado que es una excepción que puede ser declarada de oficio dado el documento aportado en las alegaciones de instancia por la parte demandada.

Responsabilidad solidaria de la sociedad limitada

Alega la recurrente que aunque MYJOTA LTDA es una sociedad de personas, la solidaridad en el caso de condena debe predicarse subsidiaria y no solidaria, puesto que el empleador directo del señor William Romero Pinzón es la sociedad y no sus socios y por lo tanto no debe procederse en contra de estos hasta el momento de la reclamación del pago y en que la sociedad no cumpla o cumpla parcialmente con el mismo. (Archivo 03, f° 18)

Para resolver el asunto se tiene en cuenta que el artículo 36 del código sustantivo de trabajo consagra la responsabilidad solidaria entre las sociedades de personas y sus socios así: “son solidariamente responsables de todas de 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.”, sin que de su contenido se pueda establecer que la misma quede condicionada a que el deudor principal no cancele la deuda, por el contrario, esa solidaridad se establece para garantizar al trabajador el pago de las obligaciones a cargo del empleador, solidaridad

que al ser declarada permite al trabajador cobrar ya sea directamente al empleador o a uno de los socios, solo que en el último caso el socio solo responde hasta el monto de sus aportes como lo indica la norma.

Por lo que se confirmara la decisión de primera instancia.

En cuanto al punto de apelación relacionado con las costas, es de anotar que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso las costas son a cargo de la parte vencida, de tal manera que al ser la demandada vencida en el presente caso hay lugar a su imposición, y se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por no encontrarse acreditadas conforme al numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

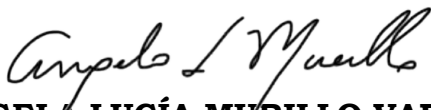
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

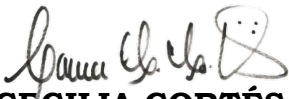
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y dos (32°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HÉCTOR EDUARDO CUBIDES SUÁREZ

DEMANDADO: PASIÓN DOMINGO GALEANO SUÁREZ

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2019 00715 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Con los alegatos de conclusión el apoderado de la parte demandada solicita se decreten las siguientes pruebas:

-Testimonio de la señora Miryam Galeano Pardo con el argumento que “por la amenaza del Señor CUBIDEZ de como él lo dijo no se metiera en el asunto del hurto este interrogatorio no se solicitó a su despacho y que a raíz de la sentencia en contra del señor Galeano por el despido aparente sin justa causa, la señora Galeano está dispuesta a dar este interrogatorio y ayudar tanto al juez laboral como a la Fiscalía General de la Nación a aclarar los hechos ocurridos y se pueda dar con el objetivo de lograr justicia conforme el artículo primero del Código Sustantivo del Trabajo, hechos que ya manifestó la Señora Galeano a la Fiscalía General de la Nación para que se tenga en cuenta en la Judicialización posible del señor CUBIDEZ.”

-Documentales como planillas de aportes a seguridad social en pensión para los meses de febrero, abril a septiembre y noviembre y diciembre de 2006 y marzo a mayo de 2007, aportes en salud, planillas de la empresa COOP RENACER, OUTSORCING TALENTO SAS, contrato a término fijo por seis meses firmado por el actor, recibos y liquidaciones de COOP RENACER, indicando que “En cuanto a las Cesantías dejadas supuestamente de pagar su Señoría, y la seguridad social le manifiesto que conforme a planillas encontradas en los archivos y recibos nuevos de liquidación encontrados por mi poderdante de la empresa y la acreditación en los mismos recibos y liquidaciones anuales en la parte de abajo el demandante siempre manifestó estar a paz y salvo hasta ese año en todo concepto, documentos que firmaba con puño y letra el señor HECTOR EDUARDO CUBIDEZ, documentos

hechos firmados por mi poderdante bajo la buena fe de éste, que su Señoría manifestó de la parte demandada en la sentencia de referencia, es lógico que al señor CUBIDEZ se le hubiese cancelado los años que supuestamente se le dejó de cancelar estas obligaciones, e incluso también en otros documentos encontrados, como contrato laboral fijo de 6 meses con su respectiva liquidación, liquidaciones de cooperativa renacer de los años 2010 y 2011, desvirtúa aún más el contrato de trabajo decretado en sentencia de referencia; caso contrario de la mala fe del señor CUBIDEZ que no reportó el pago de la seguridad social de los años manifestados por su despacho y que pretende se le vuelvan a cancelar;..”

Agregó que la empresa en su momento “no pudo aportar más pruebas por el hurto del momento y la amenaza en contra de un testigo se puedan ordenar y practicar las pruebas de los nuevos documentos encontrados e interrogatorio de parte de la señora MIRYAM GALEANO PARDO para que se haga justicia del presente caso para resolver la presente apelación a favor de mi poderdante.”

Para resolver lo anterior, se tiene que el artículo 83 del C.P. del T. y de la S.S. dispone:

“ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. *<Artículo modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.*

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.”

A su vez, el artículo 84 del Código Procesal del Trabajo consagra que las pruebas agregadas inoportunamente pueden ser consideradas por la segunda instancia cuando fueron solicitadas en tiempo en la primera instancia; y el artículo 281 del Código General del Proceso consagra el principio de congruencia de la sentencia, y expone que “en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”.

En ese orden de ideas, una vez revisadas las actuaciones surtidas dentro del proceso de la referencia se evidencia que con la demanda se solicitó, entre otras, que la parte demandada aportara las planillas de aportes a pensión con el fin de constatar el pago de la seguridad social integral (salud, pensión, ARL, Caja de Compensación Familiar) (fl.165 archivo 01).

Solicitud que no fue atendida por el demandado, quien afirmó, tal y como lo confirmó el juez en audiencia del 18 de noviembre de 2020, diligencia de que trata el art. 77 del C.P. del T., “que de conformidad con acta de denuncia a folios 122 a 124 esta documental fue objeto de denuncia por hurto.” Sin embargo, con posterioridad a la sentencia de primera instancia y al momento de presentar alegaciones presentó documentos relacionados con planillas de aportes a seguridad social integral y contrato; que según su dicho no se pudieron aportar al momento de la contestación de la demanda por el hurto y la amenaza al testigo.

En relación con el testimonio de la señora Miryam Galeano Pardo, dicha prueba no fue solicitada y, por ende, tampoco decretada en primera instancia; aunado a ello, el accionado en ningún momento del trámite surtido en primera instancia puso en conocimiento, primero, la existencia de dicha testigo, y segundo, que recayera alguna amenaza sobre ella para declarar, por lo que no se decretará su testimonio.

Respecto de las documentales, como con ellas se pretende acreditar el pago de las obligaciones, se ordena se incorporen las mismas al expediente, máxime que ellas fueron solicitadas en primera instancia y agregadas de manera inoportuna, las que se pueden tener en cuenta al tenor del artículo 84 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social.

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes respecto de la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 18 de marzo de 2000 hasta el 17 de abril de 2019, y como consecuencia de ello, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, costas y

agencias en derecho y las facultades del art. 50 del CPL (fl.9 y 160 archivo 01).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que ingresó a trabajar el 18 de marzo del año 2000 para desempeñar el cargo de operario de máquina, devengó como último salario la suma de \$1.300.000 y fue despedido de forma verbal sin justificación alguna el 17 de abril de 2019, sin que le fueren pagadas las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a que tiene derecho.

PASIÓN DOMINGO GALEANO SUÁREZ contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que la relación laboral empezó fue en el año 2003, en el año 2005 no laboró ni prestó sus servicios para la demandada pues trabajó para la Cooperativa COOPRENACER CTA y OUTSORCING TALENTO HUMANO SAS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y pago. (fl.181 archivo 01).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2022, condenó al demandado al pago de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indexación, aportes en pensión, costas y agencias en derecho por la suma de \$500.000.

Declaró probadas parcialmente las excepciones de pago y prescripción y absolvió al demandado de las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDANTE: i) debió condenarse por concepto de indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

DEMANDADA: i) existió interrupción entre los contratos, el demandante no acreditó haber trabajado del 15 de diciembre al 15 de enero, **ii)** no procede la condena por cesantías en la medida que los contratos con el demandante eran inferiores a un año, lo que no obligaba al empleador a la consignación de cesantías, **iii)** con relación al despido sin justa causa, el proceso en la

Fiscalía se encuentra bastante adelantado, además, en su momento se solicitó al juez de primera instancia la interrupción de este proceso.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandada presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si existieron interrupciones en el contrato y, en caso afirmativo, analizar si procedía la consignación a un Fondo por concepto de cesantías, **ii)** establecer si debe absolverse por indemnización por despido injusto y aportes pensionales, **iii)** analizar si procede la condena por indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes

Carpeta 01

- A folio 17, acción de tutela.
- A folio 31, 94, 96, certificación laboral.
- A folio 33 a 47, actuaciones surtidas al interior de la acción de tutela tramitada ante el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá.
- A folio 51, 53, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 67, 69, 71, 73, 75, 77, 79, 81, 83, 85, 87, 89, 91, 93, 95, 97, 99, 101, 103, 105, 107, 109, 111, 113, 115, 117, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133, 135, 137, 139, 143, 145, 147, recibos de pago.
- A folio 602, contrato de trabajo a término indefinido.
- A folio 185 a 216, comprobantes de compensación COOP RENACER CTA años 2009 a 2011.
- A folio 217, liquidación del contrato.
- A folio 223, denuncia penal.
- A folio 231, carta de terminación del contrato.
- Historia laboral del actor.
- Interrogatorio

Caso concreto

En el presente asunto no existió reparo por ninguna de las partes respecto de la fecha de inicio del contrato surgido entre el señor Héctor Eduardo Cubides y Pasión Domingo Galeano (15 de junio de 2003) y la fecha en que

finalizó (17 de abril de 2019), pero si frente a la continuidad de la relación pues señala el apoderado del demandado que existieron varias interrupciones, que el demandante no probó haber trabajado del 15 de diciembre al 15 de enero de cada año.

Pues bien, para definir dicha situación y una vez revisado el material probatorio aportado al expediente se encuentra acertada la decisión emitida por el juez de primera instancia, en la medida que obra certificación laboral en la que el demandado indica que el señor Héctor Cubides “labora en esta empresa desde el 15-06-03 desempeñándose como cortador y doblador con contrato indefinido y con un sueldo de \$500.000 pesos mensuales” (fl.31 archivo 01), certificación que cuenta con pleno valor probatorio pues además de no haberse desconocido o tachado de falsa, tal y como ha indicado la jurisprudencia es responsabilidad de quien la emite desvirtuar su contenido, lo que en este caso no sucedió (sentencia con radicado SL14426 de 2014 en la que se citó las sentencias 34393 de 2010, 38666 de 2013 y SL6621 de mayo de 2017 Radicación 49346).

Aunado a ello, obran liquidaciones de contrato para los años 2013 a 2018 así (fls.317 a 221 archivo 01):

De 1 de enero a 15 de diciembre de 2013

De 1 de enero a diciembre de 2014

De 15 de diciembre de 2015 (se liquida el año completo)

De 1 de enero a diciembre de 2016

De 1 de enero a 15 de diciembre de 2018

Como se observa, dichas liquidaciones se hacen por el año completo, y las que no, no superan los quince días de interrupción, lo que en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia deben ser consideradas como interrupciones aparentes.

Fue así como en sentencia SL1450 de 24 de abril de 2019 dicha Corporación expuso:

“Contrario a lo dicho, de forma reciente en sentencia CSJ SL981-2019, en un caso similar al presente, en el que se debatía lo correspondiente al contrato realidad, en litigio promovido contra la misma demandada, al examinar una interrupción de 22 días, dijo esta Corporación:

Lo anterior revela que el mayor espacio de tiempo entre contratos fue de 22 días, sin que ello implique solución de continuidad, situación fáctica que evidencia la equivocación del ad quem, cuando consideró la

existencia de 2 contratos autónomos: uno del 26 de mayo al 31 de diciembre de 1992 -en el que incluyó los 22 días atrás reseñados- y otro del 4 de marzo de 1993 al 30 de noviembre de 2003, pues lo cierto es que no hubo interrupción entre diciembre de 1992 y marzo de 1993, ya que se reitera, a folio 13 se comprueba que el primer contrato se prorrogó 2 meses más y continuó vigente entre enero y febrero de 1993, para reanudarse la prestación del servicio el 4 de marzo de 1993, sin que el espacio de 4 días desvirtúe la continuidad del vínculo.
[...]

*En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato **median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes**, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. (Negrillas fuera de texto)”*

Ahora, reposan recibos de pago desde el 15 de febrero de 2012 hasta el 15 de abril de 2019, y si bien es cierto no obra ninguno respecto de los meses de diciembre y enero como lo indica el apoderado en el recurso y aunque tampoco obran los recibos de todos los meses en los años ya citados, no menos cierto es que, se reitera, las liquidaciones del contrato lo son por todo el año laborado, aunado al hecho que el mismo empleador certificó la existencia del contrato a término indefinido, que aunque manifestó en el interrogatorio haberlo hecho por hacerle un favor para un Banco al actor, tal situación no fue acreditada en el proceso.

Además, rindió interrogatorio el señor Pasión Domingo Galeano quien señaló textuamente al preguntársele si el demandante era su trabajador desde marzo de 2000, expuso que “es falso, **eso como desde el 2004 para acá**” y más adelante indicó que trabajó hasta 2019, sin mencionar que durante ese periodo hubiere existido alguna interrupción.

Así las cosas y en virtud de lo dispuesto en el art. 167 del C.G.P., si la parte demandada pretendía que se declarara la interrupción de la relación laboral debió haberla demostrado, cuestión que se reitera, no ocurrió en este asunto.

No desconoce la Sala que, como se dijo al inicio de esta decisión, se decretaron como pruebas las documentales aportadas con los alegatos de conclusión, y entre ellas reposa un contrato de trabajo a término fijo de seis meses desde el 7 de julio de 2007 a 7 de enero de 2008 suscrito por las

partes de este proceso, junto con comprobantes de pago de diferentes entidades como OUTSOURCING TALENTO HUMANO SAS y COOP RENACER CTA, entre otras, para los años 2007 a 2011 (fls.31 a 54 y 117 a 133 carpeta segunda instancia archivo 06), empero ninguna de ellos logra restarle valor a la confesión efectuada por el mismo demandado, señor Pasión Domingo Galeano, y a las diferentes documentales suscritas por él y que se mencionaron con antelación.

De ahí que al quedar establecido que el contrato que rigió a las partes lo fue a término indefinido a partir del 15 de junio de 2003 a 17 de abril de 2019, debía el empleador consignar a un Fondo las cesantías que por cada año laborado y en proporción le correspondía al trabajador tal y como lo dispone el art. 249 y siguientes del C.S.T.

Aportes en pensión

Manifestó el juez de primera instancia que condenaba al pago de aportes pensionales para los periodos del 15 de junio 2003 a febrero del 2008, mayo y junio del 2008 y enero de 2019, pues no se había acreditado su pago, al tiempo que indica el apelante que “frente a los pagos de seguridad social su señoría me dice mi cliente que le pagaron todo lo de seguridad social, que incluso él tiene esas planillas que no las hicieron llegar en ningún momento y que omite la parte demandante ese tema”.

Al respecto valga señalar que en precedencia la Sala decretó las pruebas documentales aportadas por el apoderado del demandado con los alegatos de conclusión, motivo por el cual es posible analizarlas y de las que se concluye que, efectivamente, el empleador canceló varios periodos de aportes en pensión tal y como se desprende de las documentales que reposan a folios 57 a 72 y 80 a 91 de la carpeta segunda instancia archivo 06, y de la historia laboral de los archivos 22 y 25 de la carpeta de “primera instancia”

De ellas se extraen los siguientes pagos por los siguientes periodos:

Año 2006: febrero, abril a septiembre, noviembre y diciembre.

Año 2007: marzo a mayo.

Año 2012: marzo a diciembre.

Todos los meses de los años 2013 a 2018.

Año 2019: febrero a abril y julio a septiembre.

En esa dirección, pertinente resulta modificar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar el pago de los aportes en pensión:

- Del 15 de junio de 2003 a diciembre de 2005
- Enero, marzo y octubre de 2006.
- Enero, febrero y junio a diciembre de 2007.
- Enero, febrero, mayo y julio del año 2008.
- Enero de 2019.

Indemnización por despido injusto

Frente a este tema el juez de primera instancia condenó por cuanto no se había hecho una narración fáctica de las causas que habían dado origen al fenecimiento del contrato, lo que le impedía tener conocimiento del rompimiento de ese vínculo laboral.

Indica el apelante que al demandante si se le dieron a conocer los hechos por los cuales se terminaba el contrato de trabajo, que además en oportunidad anterior el apoderado había solicitado la interrupción del proceso debido a que cursaba una denuncia penal contra el demandante, aspecto último que desde ya indica la Sala no tiene vocación de prosperar en la medida que a través de auto de 2 de marzo de 2022 el juez negó la solicitud de suspensión del proceso, providencia frente a la cual ninguna de las partes presentó alguna inconformidad.

Aclarado lo anterior, con relación a este tópico la Sala debe precisar que ante el evento de la discusión entre las partes sobre la ocurrencia del despido, la jurisprudencia ha sido reiterada al indicar como debe asumirse la carga probatoria que le incumbe a cada una de las partes, (Sentencias SL562-2018 -Radicación n.º 64074 del 7 de marzo de 2018, SL2954-2018 -Radicación n.º 65872 del 25 de julio de 2018, SL2949-2018 - Radicación n.º 56181 del 25 de julio de 2018 y Radicación 29.213 del 14 de agosto de 2007); de tal manera que al trabajador le corresponde asumir la prueba en torno a demostrar que efectivamente el finiquito contractual devino por la decisión unilateral de una de ellas, en tanto que al empleador le corresponde acreditar que dicha decisión se fundamentó en una de las justas causas consagradas en las normas sustantivas y que tal causa le es atribuible o imputable al trabajador.

Bajo ese panorama, se encuentra por fuera del debate probatorio que el demandante asumió cabalmente la carga de la prueba que le correspondía, ya que demostró que fue la empresa quien tomó la decisión de terminar su contrato de trabajo (fol.231 archivo 01), carta en la que se le indicó:

“Mediante comunicado que se le hizo saber el día 17 de abril de 2019 en la que se puso a disposición su contrato de trabajo vigente desde el

día 8 de enero del presente año, conforme a los estatutos internos, donde a raíz de su falta disciplinaria conforme al artículo 62 numeral quinto del Código Sustantivo del Trabajo, en la que nos habla de la terminación del contrato por justa causa por parte del patrono y en la que nos faculta y como lo es que todo acto inmoral y delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores. En la que es el caso que nos compete. Por lo que se ha decidido de prescindir de sus servicios.”

Ahora bien, señala el Parágrafo del art. 62 del C.S.T. que “La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”

De vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “En efecto, entiende esta Corporación que el trabajador tiene derecho a conocer con precisión los hechos que soportan la decisión de la empresa porque tal y como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina, las finalidades de la norma se concretan en dos sentidos: uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo que consiste en la imposibilidad de aducir con posterioridad causales o motivos diferentes y, otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas.” (Sentencia 38871 de 23 de marzo de 2011 rememorada en sentencia SL060 de 24 de enero de 2022).

La misma Corporación ha señalado que “desde una perspectiva meramente jurídica, el Tribunal no debió tener como una exigencia legal para la validez del despido, que el empleador tuviera necesariamente que citar en la carta de despido el precepto legal que enmarque la conducta del trabajador en una causal de terminación del contrato de trabajo, pues bastaba la descripción de los hechos imputados para despedir al trabajador como en este caso ocurrió.” (sentencia SL16219 de 2014).

Conforme a lo anterior se concluye que la carta de terminación del contrato debe indicar los hechos en que se sustenta el despido, para que de esta manera el trabajador tenga conocimiento de los mismos y el empleador con posterioridad no pueda alegar circunstancias diferentes.

En este asunto el demandado redactó la carta de terminación del contrato invocando únicamente la causal contemplada en el numeral 5° del art. 62 del C.S.T., esto es “Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa

en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.”, empero ningún hecho concreto puso de presente, y es que delitos existen varios tipificados en la legislación penal y en el caso particular al momento de producirse la terminación no tuvo conocimiento el señor Héctor Cubides del motivo de su despido; no se tiene certeza de las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que acaecieron los hechos y en sí, no se sabe qué acto delictuoso o inmoral cometió el demandante para que diera lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo.

No desconoce la Sala que se haya realizado una denuncia contra el demandante y otro trabajador al servicio del demandado, sin embargo, la misma tal y como consta a folio 223 se llevó a cabo el 19 de mayo de 2019 (fl.223 archivo 01), fecha posterior a la terminación del vínculo laboral y en la que se menciona que la denuncia se realiza por cuanto luego de una serie de irregularidades presentadas en la empresa, el 2 de marzo de 2019 el señor Pasión Domingo decidió hacer una requisa personal a la salida de la terminación de la jornada laboral a todos los empleados, encontrando “...que el señor EDISSON SANABRIA MONTENGERO fue encontrado en flagrancia con cuatro cerraduras marca inafér pertenecientes a la empresa en su maletín de uso personal” y agrega que tal acto fue cometido con la complicidad del señor Héctor Cubides; situación que no se mencionó en la carta de terminación del contrato de trabajo y como la misma Corte lo ha reiterado, con posterioridad no resultaba posible al empleador invocar hechos para sustentar el despido del trabajador.

En esa dirección y al no poder tener claridad respecto de los motivos que llevaron a la terminación del vínculo laboral, pertinente resulta confirmar la decisión del juez a quo en este aspecto.

Sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria

Al respecto, pertinente resulta indicar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en diferentes oportunidades, que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico (sentencia SL3345 de 7 de julio de 2021).

La misma Corporación señaló que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral, para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas

sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación 41522 de 2012.

Es así como en sentencia SL1413 de 30 de marzo de 2022 radicado 90107 la Corte señaló:

“Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).”

Pues bien, en este asunto observa la Sala que el actuar del señor Pasión Domingo Galeano no estuvo revestido de conductas de mala fe, por cuanto tal y como quedó acreditado con las pruebas aportadas al proceso no quiso sustraerse de las obligaciones que como empleador tenía, obsérvese como a la finalización del vínculo laboral pagó las prestaciones sociales y vacaciones a que el trabajador tenía derecho, y en general, al momento de la terminación del vínculo laboral no se logra establecer alguna actuación carente de buena fe, razón por la que resulta razonable absolverlo por estos conceptos y es por ello que en este punto también se confirmará la decisión apelada.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

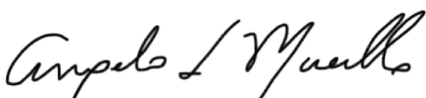
PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar el pago de los siguientes periodos de aportes en pensión:

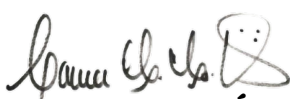
- Del 15 de junio de 2003 a diciembre de 2005
- Enero, marzo y octubre de 2006.
- Enero, febrero y junio a diciembre de 2007.
- Enero, febrero, mayo y julio del año 2008.
- Enero de 2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DOLLY ASCENETH OSORIO BONILLA, ELISA MORERA NIETO, MARÍA DEL ROSARIO MORALES AVELLANEDA y MARÍA GLORIA FERIA CARTAGENA

DEMANDADO: FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA –HOMI-

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00954 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que la pensión de jubilación convencional que el HOMI les concedió a las demandantes posee el carácter de compartida, se declare que la demandada presentó mora en el pago de aportes al Sistema General de Pensiones a favor de las actoras desde el momento de reconocimiento de la pensión de jubilación y hasta el momento en que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Se declare que el HOMI no reajustó las pensiones de jubilación convencional otorgadas, de acuerdo al porcentaje en que ha sido incrementado el salario por el Gobierno Nacional. Se declare que la pensión de vejez recibida por las demandantes es inferior a la pensión convencional. Se declare que el HOMI debe reanudar el pago del mayor valor existente entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación convencional.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Fundación a reanudar el pago del mayor valor citado, reajustar la pensión convencional, pagar en forma retroactiva las diferencias resultantes de dicho reajuste, se condene al pago de intereses legales a la tasa del 6% anual, se condene al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones ante Colpensiones, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (fl.29 archivo 01)

Como fundamento de sus pretensiones, señalaron que suscribieron contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, quien las afilió a pensiones el 20 de abril de 1988 y pagó un cálculo actuarial por los aportes que no se realizaron desde el inicio de la relación laboral hasta 1988.

Las demandantes se afiliaron desde el inicio de la relación laboral a la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Entidades Dedicadas a Procurar la Salud de la Comunidad ANTHOC. El 16 de mayo de 2002, entre dicho sindicato y la demandada se suscribió una convención colectiva de la cual fueron beneficiarias las demandantes. El art. 15 de dicho texto consagró una pensión de jubilación convencional de carácter compartido y el art. 17 ibídem dispuso el reajuste pensional.

El HOMI les concedió pensión de jubilación convencional a las demandantes y dejó de realizar cotizaciones ante el ISS. A través de oficio del 26 de febrero de 2003, la accionada les comunicó a las actoras que la pensión que otorgara el ISS tendría el carácter de compartida con la pensión que venía reconociendo el Hospital.

El ISS reconoció pensión de vejez a las demandantes con un monto inferior al que venían recibiendo con la pensión convencional, motivo por el que el HOMI continuó pagando el mayor valor entre una y otra prestación.

El HOMI y Porvenir constituyeron un patrimonio autónomo de garantía, por lo que a partir de junio de 2004 Porvenir continuó pagando el mayor valor pensional.

El 6 de febrero de 2014, la demandada le ordenó a Porvenir la suspensión del pago de la mesada a las accionantes, sin tener en cuenta que la pensión tenía el carácter de compartida. (fl.13)

FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que las pensiones del art. 15 de la convención colectiva no tienen el carácter de compartidas; dicha convención no establece la obligación de continuar

cotizando para los riesgos de IVM una vez reconocida la pensión de jubilación.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción, compensación, pago, carencia de fundamento fáctico y legal de las pretensiones de la demanda, falta de legitimidad en la causa de las actoras y todas las contempladas en el CST, CPT y CGP. (carpeta 03)

La demanda fue reformada en el sentido de adicionar hechos y aportar nuevas pruebas. (carpeta 06).

La reforma de la demanda se tuvo por contestada (carpeta 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2022, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.223)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal:

DEMANDANTE: **i)** la pensión de jubilación convencional reconocida a las demandantes tiene el carácter de compartida, por ello, el Hospital demandado deberá continuar pagando el mayor valor existente entre la misma y la pensión reconocida por Colpensiones.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si la pensión convencional de jubilación reconocida a las demandantes tiene el carácter de compartida; en caso afirmativo, **ii)** establecer si la Fundación demandada debe continuar pagando el mayor valor entre dicha prestación y la pensión de vejez reconocida por el ISS.

Pruebas relevantes

Carpeta 01

Dolly Asceneth Osorio Bonilla

- A folio 88, cédula de ciudadanía de la actora que acredita que nació el 8 de abril de 1949.
- A folio 89, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 91, solicitud de reconocimiento de pensión.
- A folio 92, comunicación del Hospital de fecha 17 de febrero de 2003 respecto al reconocimiento pensional.
- A folio 93, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 95 y 98, certificación laboral.
- A folio 96, comunicación del Hospital dirigida a la actora el 9 de abril de 2014 respecto a la suspensión de pago de la pensión que venía reconociendo Porvenir.
- A folio 99, historial laboral en Colpensiones.
- A folio 111, resolución 15091 de 2006 a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 8 de abril de 2004.
- A folio 113, resolución GNR 375616 de 22 de octubre de 2014 por medio de la cual Colpensiones reliquida la pensión de vejez compartida.
- A folio 121, respuesta emitida por Porvenir el 13 de mayo de 2015.
- A folio 123, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 124 y 131, comprobantes de pago de pensión.
- A folio 125, relación efectuada por Colpensiones frente a los giros realizados con ocasión de la pensión de la demandante.

Elisa Morera Nieto

- A folio 139, cédula de ciudadanía que acredita que nació el 5 de mayo de 1953.
- A folio 140, liquidación del contrato.
- A folio 141, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 142, certificación del valor de la pensión de jubilación.
- A folio 143, 145, certificación laboral.
- A folio 144, respuesta emitida por HOMI el 3 de abril de 2014 respecto del derecho de petición presentado por la demandante.
- A folio 146, historial laboral en Colpensiones.
- A folio 158, resolución 027037 de 2008 a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 2 de mayo de 2008.

- A folio 161, resolución GNR 421026 de 10 de diciembre de 2014 por medio de la cual Colpensiones reliquidó la pensión de vejez compartida.
- A folio 169, respuesta de Porvenir el 26 de noviembre de 2015.
- A folio 171, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 173, relación de pagos realizados por Colpensiones correspondiente a los periodos de enero de 2014 a octubre de 2018.
- A folio 179, comprobantes de pago de pensión.

María del Rosario Morales Avellaneda

- A folio 185, cédula de ciudadanía que acredita que nació el 28 de abril de 1952.
- A folio 186, liquidación del contrato.
- A folio 188, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 189, certificación valor pensión.
- A folio 190, comunicación emitida por el Hospital a la actora el 1 de julio de 2004 mediante la cual le indica que la pensión convencional tendrá el carácter de compartida con la reconocida por el ISS.
- A folio 191, respuesta del Hospital de fecha 9 de abril de 2014.
- A folio 192, certificación laboral.
- A folio 193, historial laboral en Colpensiones.
- A folio 204, resolución 039517 de 2007, a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 28 de abril de 2007.
- A folio 206, respuesta emitida por Porvenir el 13 de mayo de 2015.
- A folio 208, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 209, 217, comprobante de pago de pensión.
- A folio 211, certificación de pensión.

María Gloria Feria Cartagena

- A folio 219, cédula de ciudadanía que acredita que nació el 13 de julio de 1951.
- A folio 220, liquidación del contrato.
- A folio 222, carta de terminación del contrato y reconocimiento de pensión convencional de jubilación.
- A folio 223, 224, certificación valor pensión.

- A folio 226, comunicación emitida por el Hospital a la actora el 1 de julio de 2004 mediante la cual le indica que la pensión convencional tendrá el carácter de compartida con la reconocida por el ISS.
- A folio 227, certificación laboral.
- A folio 228, historial laboral en Colpensiones.
- A folio 241, resolución 003473 de 2007, a través de la cual el ISS reconoce pensión de vejez a partir de 13 de julio de 2006.
- A folio 243, resolución GNR 126256 de 11 de junio de 2013, mediante la cual Colpensiones reliquida el pago de la pensión.
- A folio 249, respuesta emitida por Porvenir el 13 de mayo de 2015.
- A folio 251, certificación de pago de mesada pensional realizado por el Patrimonio Autónomo del Hospital la Misericordia.
- A folio 252, comprobante de pago de pensión.
- A folio 257, convención colectiva de trabajo celebrada entre el Hospital de la Misericordia y ANTHOC.
- A folio 274, contrato de constitución y administración de Patrimonio Autónomo de Garantía celebrado entre el Hospital de la Misericordia y Porvenir.
- A folio 282 a 286, otro sí al anterior contrato.
- A folio 288, comunicación del Hospital de suspensión de pensión de jubilación.
- Hoja de vida de María Gloria Feria Cartagena.
- Hoja de vida de María del Rosario Morales.

Caso concreto

En el presente asunto se tiene que no fue objeto de discusión que las demandantes laboraron al servicio del Hospital la Misericordia, entidad que les reconoció pensión convencional de jubilación y con posterioridad el ISS les otorgó pensión de vejez, lo anterior en las siguientes fechas:

NOMBRE	EXTREMOS LABORALES	PENSIÓN CONVENCIONAL RECONOCIDA POR HOMI	PENSIÓN VEJEZ RECONOCIDA POR ISS
Dolly Asceneth Osorio	22/04/1972 a 31/01/2003	01/02/2003 en cuantía de \$510.782	08/04/2004 en cuantía de \$504.694
Elisa Morera Nieto	02/02/1975 a 12/05/2003	13/05/2003 en cuantía de \$483.711	05/05/2008 en cuantía de \$491.359

María del Rosario Morales	01/08/1978 a 31/07/2002	01/08/2002 en cuantía de \$460.346.	28/04/2007 en cuantía de \$570.633
María Gloria Feria	01/08/1980 a 11/04/2003	12/04/2003 en cuantía de \$673.458.	13/07/2006 en cuantía de \$748.139

El Hospital la Misericordia suscribió el 31 de mayo de 2004 “CONTRATO DE CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIO AUTÓNOMO DE GARANTÍA” con PORVENIR S.A. para la administración de los recursos que destinara el Hospital para garantizar el pago de las obligaciones pensionales a su cargo a favor de empleados y exempleados a 31 de diciembre de 1993, y, en virtud de ello, PORVENIR canceló la pensión a las demandantes desde junio de 2004 y luego que les fuera reconocida la pensión de vejez a las actoras, el HOMI continuó pagando el mayor valor entre una y otra pensión hasta enero de 2014, fecha en que suspendió dicho pago en virtud a lo establecido en el art. 15 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Entidades Dedicadas a Procurar la Salud de la Comunidad ANTHOC y el Hospital de la Misericordia.

El recurrente señala que la accionada debe continuar pagando el mayor valor, pues debe entenderse que la pensión convencional de jubilación que les fue reconocida tenía el carácter de compartida con la otorgada por el ISS.

Al respecto, se tiene que el art. 15 convencional dispone:

“ARTÍCULO QUINCE: PENSIÓN A CARGO DEL HOSPITAL PERO CON SUSTITUCIÓN A CARGO DEL ISS.

Los trabajadores que a la fecha de su afiliación al ISS, tuvieran diez (10) años pero menos de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al HOSPITAL, tendrán derecho a la misma pensión de jubilación a que se refiere el artículo anterior pero dicha pensión será sustituida por la vejez, siempre y cuando el trabajador cumpla con los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos del Instituto de Seguros Sociales, a partir de la fecha en que cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años de edad si es varón.”

Pues bien, en el derecho de asociación sindical se encuentra implícita la idea básica de la libertad sindical, de manera que la capacidad de organizarse se materialice fuera del radio de intervención estatal y del empleador, a través de

las facultades de autoconformación y autoregulación con sujeción al orden constitucional y legal. Así, los trabajadores pueden constituir sindicatos con plena autonomía, establecer las condiciones de funcionamiento a través de sus propios estatutos, y afiliarse a ellas con la única exigencia de observar cabalmente los reglamentos.

De tal manera que las prerrogativas pactadas entre empleadores y trabajadores por encima del marco legal son permitidas y garantizadas en la Constitución Política en el artículo 55, relacionada con el derecho de negociación colectiva y materializada en la convención colectiva, conforme lo dispone el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo.

En virtud de lo anterior y conforme al texto convencional objeto de estudio, se evidencia que las partes decidieron otorgar el carácter de **transitorio** al pago de las pensiones de jubilación hasta tanto el ISS realizara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Y es precisamente que el carácter transitorio de tal prestación se hace evidente por cuanto de la lectura del artículo 15 de la convención colectiva se establece que la pensión convencional será sustituida por la de vejez, verbo que significa “Poner una cosa o a una persona en el lugar o puesto de otra”, es decir, en este caso, la pensión de vejez reconocida por el ISS sustituye o reemplaza la pensión convencional.

Ahora respecto del argumento del apelante frente a que la pensión convencional debe ser compartida con la que reconoció el ISS a las demandantes, la Sala debe indicar que como la pensión reconocida por la convocada a juicio fue pactada por las partes con un carácter transitorio, no existe sustento legal para que pueda predicarse la compartibilidad pensional, pues precisamente tal prestación deja de pagarse una vez la entidad correspondiente incorpore en nómina al trabajador, esto es, cuando se hayan acreditado los requisitos para acceder a la pensión legal de vejez.

Con relación al tema, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se pronunció en sentencia con radicación 53515 de 16 de octubre de dos mil 2019, SL5137-2019, en un caso similar a este, analizó el artículo convencional aquí debatido e indicó lo siguiente:

“Por eso, para la Sala, lo que realmente denota la palabra sustitución de la citada cláusula convencional, es la intención de las partes de someter el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a lo que la sala ha denominado, una condición resolutoria, en tanto, restringió su pago a la concesión de la de vejez, siempre y cuando, el afiliado obtuviera los requisitos

mínimos de los reglamentos del ISS, es decir, que su objetivo no era otro que el de proveer un beneficio pensional temporal a cargo del empleador, esto es, desde el cumplimiento de la edad acordada y hasta que el ISS concediera la pensión legal de vejez, independientemente de si el Hospital había continuado o no cotizando para ello, en tanto lo que se buscaba era evitar que el trabajador quedara totalmente desprovisto de ingresos pensionales.

Por tanto, al entender que la pensión jubilación acordada en el artículo 15 de la convención está sometida a una condición resolutoria, queda excluida la procedencia de la compartibilidad o compatibilidad pensional avalada por el juez de primera instancia, pues, como se indicó, ambas prestaciones no concurren en el tiempo. En torno al tema de pensiones convencionales temporales o sometidas a condición resolutoria y a la inviabilidad de la compatibilidad o compartibilidad para las mismas, esta Sala en sentencia SL594-2018, al estudiar un asunto de similares contornos

(...)

Bajo el criterio indicado, refulge que el a quo erró al considerar que la pensión convencional otorgada por el Hospital la Misericordia era vitalicia y tenía el carácter de compartible o compatible con la de vejez, pues por el contrario, ante la inexistencia de una obligación expresa en la continuidad en el pago de aportes a cargo del Hospital, forzoso era entender que la prestación convencional tenía carácter temporal y su extinción estaba sujeta al reconocimiento de la de vejez del ISS, lo que descartaba a aplicación de figuras como la compartibilidad o compatibilidad.”

Así las cosas y contrario a lo señalado por el apelante, no es posible condenar al Hospital que continúe pagando el mayor valor de una prestación que no le corresponde cancelar, en la medida que tal obligación cesó en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a las demandantes.

Ahora, no desconoce la Sala que el Hospital erró al pagar un mayor valor luego que el ISS reconociera la pensión de vejez a cada una de las actoras, pues como el mismo Patrimonio Autónomo lo certifica en las documentales adosadas al plenario y lo aceptaron las partes, la accionada pagó un mayor valor hasta enero de 2014, cuando en realidad no tenía esa obligación y por el contrario correspondía dejar de pagar suma alguna desde el momento en que la Administradora de Pensiones reconoció la prestación legal a las demandantes, es decir a la señora Dolly Ascenet Osorio en abril de 2004, a la señora Elisa Morera Nieto en mayo de 2008, a la señora María del Rosario

Morales en abril de 2007 y a la señora Gloria Feria Cartagena en julio de 2006.

No obstante lo anterior, dicho error no genera un derecho a la compartibilidad pensional a favor de las demandantes y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

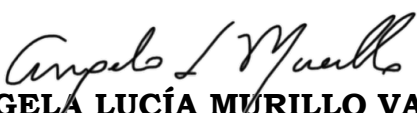
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

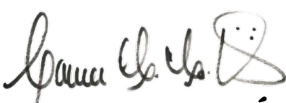
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: IDALY ARANDA USECHE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2020 00432 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandante y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare nula la vinculación y traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida en el que aportó la demandante antes de la expedición de la ley 100 de 1993 que posteriormente se unificó en el ISS y ahora administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual solidario de PORVENIR, toda vez que el fondo de pensiones demandado no proporcionó al demandante una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras y no lo asesoró en debida forma para que tomara la decisión más adecuada a sus intereses pensionales, durante todo el tiempo que estuvo vinculado al RAIS. Condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo

de la afiliación y se condene a las demandadas al pago de costas y lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 12 de junio de 1961, ingresó a la vida laboral en el Ministerio de Relaciones Exteriores el 27 de enero de 1984 y fue afiliada a CAJANAL. En el año 1999 se afilió a PORVENIR, porque un asesor le ofreció el traslado al régimen de ahorro individual, le dio información errónea, dado que le aseguraron que el régimen de prima media iba a acabarse, además de instigar con información incompleta y falsas promesas a la demandante para el traslado, la hostigó en varias ocasiones para que firmara el formulario que diligenció él para así lograr que la demandante finalmente y de manera coaccionada, firmara.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad tiene plena validez, atendiendo a que no se vislumbra prueba que permita observar que dicha vinculación se dio en desarrollo de algún tipo de vicio en el consentimiento. La demandante se encuentra dentro de la prohibición legal consagrada dentro del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR se le dio por no contestada la demanda mediante auto de 24 de noviembre de 2021.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante ante PORVENIR con fecha de efectividad el 1 de octubre de 1999. Declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones y rendimientos para lo cual le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esa providencia. Ordenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora por concepto de

cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

DEMANDANTE: i) se debe condenar a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, y ii) imponer costas a PORVENIR.

COLPENSIONES: i) la decisión no tiene en cuenta la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, ii) se afecta la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y iii) el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es válido.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandada presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera, si hay lugar a la devolución de gastos de administración, y si hay lugar a imponer costas a cargo de PORVENIR.

Elementos de prueba relevantes:

- Copia de la cédula de ciudadanía indica que nació el 12 de junio de 1961.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR de septiembre de 1999.
- Comunicación al empleador sobre la voluntad de traslado a régimen de ahorro individual, suscrita por la demandante.
- Comunicación del fondo al empleador sobre la vinculación de la demandante a dicho fondo.

- Solicitud de traslado al ISS, y comunicación indicando que PORVENIR la negó por no ser viable por edad.
- Reclamación y respuestas.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada pretenden se revoque la sentencia y, además, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre el hecho que la decisión de primera instancia no tuvo en cuenta la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y que afecta la sostenibilidad financiera del sistema, contenido en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales*

cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Ahora la construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por

incumplimiento del deber de información, sustentada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, ya que esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - que ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitivos y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando

sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso de apelación y CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la parte DEMANDANTE relacionado con que se debe condenar a PORVENIR S.A. a devolver los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente

jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) hay lugar a adicionar la decisión de primera instancia para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, debidamente indexados y a cargo de sus propios recursos, por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no prosperan los argumentos del recurso de apelación de COLPENSIONES y se adicionará la decisión de primera instancia.

Respecto del argumento del recurso de apelación de la parte demandante relacionado con la absolución a PORVENIR de la pretensión de imposición de costas, es de anotar que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso hay lugar a imponerlas a la parte vencida en el proceso, pero el juez puede abstenerse de imponerlas dando las razones para ello, las cuales fueron expuestas por el juez de primera instancia en el presente caso, razón por la cual no hay lugar a modificar esa decisión.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito en el sentido de indicar que PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros que se encuentren a su disposición, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que descontó durante

el tiempo que estuvo vinculada la demandante en cada una de las AFP, sumas que deberán ser reintegradas debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

TERCERO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: IDALY ARANDA USECHE DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2020 00432 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

La suscrita se permite aclarar su voto, en el sentido de acompañar la decisión adoptada por la Sala en la parte resolutive de la sentencia adoptada de manera unánime en sentencia del 28 de julio de 2022, pero discordando de los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Los considerandos del proveído, plantean que la decisión de primer grado de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, se debería revocar, y en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda, pero que, en aplicación imperante del precedente judicial fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se confirma.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que el precedente suficientemente decantado por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, no se sustenta en apreciaciones meramente caprichosas, sino en fundamentos legales que regulan los negocios

jurídicos, verbigracia, las normas que rigen los contratos en materia civil y las normas que integran el sistema general de seguridad social.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregona que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Entre tanto, el art. 1805 ibídem, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que “*El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley*”¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 ibídem, art. 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal “C” de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.°016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin

de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014,

ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto, desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera integra a sus potenciales afiliados. Así lo adoctrinó el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

De manera que, los planteamientos expuestos en la sentencia, relacionados con que el traslado de régimen pensional de la actora se dio antes de la expedición de las normas que establecieron el deber de información, buen consejo y doble asesoría, desconoce la existencia de disposiciones legales que le atribuyeron a las AFP la carga de informar a quienes deseaban elegir el régimen pensional al cual afiliarse.

La suscrita también diserta del considerando de la sentencia, según el cual, la ineficacia del traslado en aplicación del art. 271 de la ley 100 de 1993, corresponde únicamente a la autoridad administrativa,

esto es, la Superintendencia Nacional de Salud. Cabe precisar al respecto que, si bien es cierto, una de las consecuencias de impedir o atentar contra el derecho a la afiliación del trabajador, es la imposición de multa no inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y no superior a cincuenta veces el mismo, caso en el cual, la competencia si es atribuida a la entidad administrativa. Sin embargo, otra de las consecuencias de la transgresión del derecho de afiliación del trabajador, es la perdida de efectos jurídicos del acto de afiliación, consecuencia que, ante la ausencia de actuación del ente de vigilancia y control, puede ser aplicada por el Juzgador del trabajo, pues el principio proteccionista que rige el Derecho del Trabajo, le impone, tanto a las autoridades administrativas como a los jueces, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social, de modo que considerar que solo una autoridad administrativa podría declarar la ineficacia del traslado, restringe el desarrollo de los derechos, libertades y garantías constitucionales de los afiliados.

En suma, el precedente ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión del deber de información en cabeza de las AFP, se sustenta en fundamentos legales lo suficientemente sólidos y amplios para ser acogido sin reparos por los Jueces del trabajo, por lo que su aplicación no debe darse de manera protestante o a disgusto, únicamente en obediencia al imperativo constitucional del art. 230 superior y al mandato legal del art. 7 del C.G.P. que hacen obligatoria la aplicación del precedente jurisprudencial.

De esta manera dejo sustentada mi aclaración de voto.


CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ

DEMANDANTE: IDALY ARANDA USECHE DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2020 00432 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GLORIA OBELIA RUIZ GOMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00362 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* que i) fue inducida en error dolosamente por parte de COLFONDOS con la finalidad de obtener el traslado de régimen; y ii) la nulidad del contrato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad suscrito con las sociedades COLFONDOS y PORVENIR; para que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, a PORVENIR girar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, al pago de las costas y a lo ultra y extra petita. (archivo 01 f.º 4-5)

Sustentó las pretensiones en que nació el 10 de enero de 1961, iniciando a cotizar al régimen de prima media con diferentes empleadores públicos; que el 4 de agosto de 1994 suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, producto de las promesas realizadas por los asesores de esa AFP consistentes en una pensión superior y a menor de edad; posteriormente, el 24 de julio de 1998, firmó formulario de afiliación con Colpatria y el 16 de diciembre de 2009 con la AFP PORVENIR; finalmente, agregó que mediante derechos de petición solicitó la nulidad de su afiliación, solicitud que fue despachada desfavorablemente. (archivo 01 f.º1-4)

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido y eficaz, en la medida que la actora suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 03)

COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, al contestar la demanda, también se opuso a las pretensiones de la misma al considerar que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 004)

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error,

fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad por permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (archivo 05)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de abril de 2022, declaró 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 GLORIA OBELIA RUIZ GOMEZ a la AFP COLFONDOS el 4 de agosto de 1994, al igual que los demás traslados horizontales que se realizaron con posterioridad; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., y a la AFP COLFONDOS S.A. que de llegar a tener recursos de la demandante, devuelvan los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada GLORIA OBELIA RUIZ GOMEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; condenó en costas a COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, pagaderos a cuota parte.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación respecto de los siguientes puntos: En el proceso no se demostró el engaño ni la falta de asesoría que se alegó por parte de la demandante, además el traslado de régimen se realizó de manera libre y voluntaria, manifestación que se ratifica por los 27 años que permaneció la actora en el RAIS y finalmente la accionante no pudo retornar al régimen de prima media.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron sendos escritos de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar al dr GUSTAVO ENRIQUE MARTINEZ GONZALEZ identificado con C. C. 1.014.196.194 y T. P. No. 276.516 del C. S. de la J, y a la dra NEDY JOHANA DALLOS PICO C.C. 1.019.135.990 y T. P 373.640 del C.S. de la J. como apoderado de COLPENSIONES y PORVENIR, respectivamente.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 20, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 10 de enero de 1961.
- A folio 21, formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS, Colpatria y PORVENIR, suscritos en agosto de 1994, julio de 1998 y diciembre de 2009.

Archivo 03

- A folio 25, registro SIAFP.
- A folio 27, historia laboral bono pensional
- A folio 71 a 80, historia laboral en PORVENIR.
- A folio 83 y 86, formulario de afiliación a PORVENIR y BBVA en marzo de 200 y septiembre de 2004.
- Interrogatorio de parte a la demandante.

Caso Concreto

El apoderado de la parte demandada COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, aunado a que se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se deduce del interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la prohibición de la demandante de regresar al régimen de prima media, se ha de entender que se refiere a la vulneración del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005 respecto de la sostenibilidad financiera, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior, se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que*

contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite

advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Ahora, respecto del otro argumento del recurso de apelación sobre que no procede la ineficacia por falta de información en el presente caso porque se le brindó información a la demandante y la misma permaneció en el RAIS por más de 27 años, lo cual constituye actos de relacionamiento, es de señalar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social

que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de

pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitivos y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial no prosperan los argumentos de los recursos de apelación y se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

Surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia por las mismas razones jurisprudenciales.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

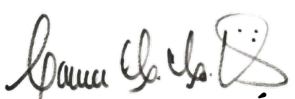
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C en el sentido de indicar que COLFONDOS y PORVENIR deben trasladar a COLPENSIONES, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros que se encuentren a su disposición, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que descontaron durante el tiempo que estuvo vinculado el demandante en cada uno de ellos, sumas que deberán ser reintegradas debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio, por las razones expuestas.

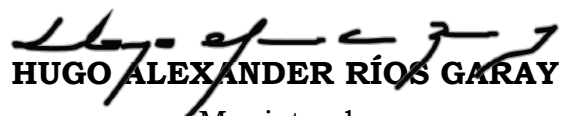
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

TERCERO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: GLORIA OBELIA RUIZ GOMEZ DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00362 01

ACLARACIÓN DE VOTO

La suscrita se permite aclarar su voto, en el sentido de acompañar la decisión adoptada por la Sala en la parte resolutive de la sentencia adoptada de manera unánime en sentencia del 28 de julio de 2022, pero discordando de los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Los considerandos del proveído, plantean que la decisión de primer grado de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, se debería revocar, y en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda, pero que, en aplicación imperante del precedente judicial fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se confirma.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que el precedente suficientemente decantado por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, no se sustenta en apreciaciones meramente caprichosas, sino en fundamentos legales que regulan los negocios jurídicos, verbigracia, las normas que rigen los contratos en materia civil y las normas que integran el sistema general de seguridad social.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregona que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Entre tanto, el art. 1805 ibídem, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que “*El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley*”¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 ibídem, art. 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal “C” de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ

SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014, ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto, desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera íntegra a sus potenciales afiliados. Así lo adoctrinó el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en

sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

De manera que, los planteamientos expuestos en la sentencia, relacionados con que el traslado de régimen pensional de la actora se dio antes de la expedición de las normas que establecieron el deber de información, buen consejo y doble asesoría, desconoce la existencia de disposiciones legales que le atribuyeron a las AFP la carga de informar a quienes deseaban elegir el régimen pensional al cual afiliarse.

La suscrita también diserta del considerando de la sentencia, según el cual, la ineficacia del traslado en aplicación del art. 271 de la ley 100 de 1993, corresponde únicamente a la autoridad administrativa, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud. Cabe precisar al respecto que, si bien es cierto, una de las consecuencias de impedir o atentar contra el derecho a la afiliación del trabajador, es la imposición de multa no inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y no superior a cincuenta veces el mismo, caso en el cual, la competencia si es atribuida a la entidad administrativa. Sin embargo, otra de las

consecuencias de la transgresión del derecho de afiliación del trabajador, es la pérdida de efectos jurídicos del acto de afiliación, consecuencia que, ante la ausencia de actuación del ente de vigilancia y control, puede ser aplicada por el Juzgador del trabajo, pues el principio proteccionista que rige el Derecho del Trabajo, le impone, tanto a las autoridades administrativas como a los jueces, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social, de modo que considerar que solo una autoridad administrativa podría declarar la ineficacia del traslado, restringe el desarrollo de los derechos, libertades y garantías constitucionales de los afiliados.

En suma, el precedente ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión del deber de información en cabeza de las AFP, se sustenta en fundamentos legales lo suficientemente sólidos y amplios para ser acogido sin reparos por los Jueces del trabajo, por lo que su aplicación no debe darse de manera protestante o a disgusto, únicamente en obediencia al imperativo constitucional del art. 230 superior y al mandato legal del art. 7 del C.G.P. que hacen obligatoria la aplicación del precedente jurisprudencial.

De esta manera dejo sustentada mi aclaración de voto.



CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SANDRA ROCIO BOLIVAR CALDERON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2020 00324 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 25 de abril de 2022, por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se aplique el principio de favorabilidad, así mismo solicitó se declare la nulidad del traslado y se ordene a COLFONDOS remitir la totalidad de los aportes hacia COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez y el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso (archivo 01 f.º 5)

Sustentó las pretensiones en que nació el 1 de abril de 1970; realizó cotizaciones al otrora ISS desde el 1 de enero de 1995 hasta el 31 de octubre de 2008, y a COLFONDOS desde el febrero de 2008 hasta enero de 2020; refirió que la AFP faltó a su deber legal de información y que solicitó ante las

demandadas la nulidad de su traslado de régimen petición que fue despachada desfavorablemente. (archivo 01 f.º3-5)

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (archivo 13)

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia.

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

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de abril de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación SANDRA ROCIO BOLIVAR CALDERON a COLFONDOS S.A., suscrita en febrero de 2008, y en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes; absolvió a las demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandada COLFONDOS S.A., fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación solicitando se condene en costas a COLPENSIONES; al paso que el apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de alzada respecto de los siguientes puntos: la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal por lo que no podía ordenarse su traslado, la decisión del A-Quo descapitaliza el sistema pensional y no hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación; finalmente, el apoderado de COLFONDOS presenta recurso en punto de los gastos de administración.

ALEGACIONES

Los apoderados de la parte demandante y demandada COLPENSIONES presentaron escritos de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERAC.C. 80.094.916 y T.P. 244.839del C. S. de la J., como apoderado de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si procede la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 74, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 1 de abril de 1970.

Archivo 14

- Historia laboral en COLPENSIONES que da cuenta que la actora cotizó un total de 306.14 semanas antes de su traslado.

Interrogatorio de parte a la demandante.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque la decisión del juzgado vulnera el principio de sostenibilidad financiera, sumado a que no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en

alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que de lo expuesto en los hechos de la demanda se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se establece que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión del A-quo quebranta el principio de sostenibilidad financiera, es de anotar que le asiste razón al recurrente, en la medida que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas.

Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u

obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se deduce de lo plasmado en los hechos de la demanda, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una

entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, en punto del recurso de apelación formulado por COLFONDOS, de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

Finalmente, en relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que, si bien las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, es de anotar que el juez de primera instancia no las encontró acreditadas y por ello se abstuvo de imponerlas, razón por la cual no hay lugar a modificar esa decisión.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

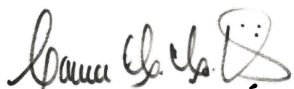
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2022, por el juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaración de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: SANDRA ROCIO BOLIVAR CALDERON DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2020 00324 01 MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

La suscrita se permite aclarar su voto, en el sentido de acompañar la decisión adoptada por la Sala en la parte resolutive de la sentencia adoptada de manera unánime en sentencia del 28 de julio de 2022, pero discordando de los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Los considerandos del proveído, plantean que la decisión de primer grado de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, se debería revocar, y en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda, pero que, en aplicación imperante del precedente judicial fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se confirma.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que el precedente suficientemente decantado por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, no se sustenta en apreciaciones meramente caprichosas, sino en fundamentos legales que regulan los negocios jurídicos, verbigracia, las normas que rigen los contratos en materia civil y las normas que integran el sistema general de seguridad social.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregoná que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Entre tanto, el art. 1805 *ibídem*, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que “*El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley*”¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 *ibídem*, art. 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal “C” de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de

aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014, ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto, desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera íntegra a sus potenciales afiliados. Así lo adoctrinó el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en

sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

De manera que, los planteamientos expuestos en la sentencia, relacionados con que el traslado de régimen pensional de la actora se dio antes de la expedición de las normas que establecieron el deber de información, buen consejo y doble asesoría, desconoce la existencia de disposiciones legales que le atribuyeron a las AFP la carga de informar a quienes deseaban elegir el régimen pensional al cual afiliarse.

La suscrita también diserta del considerando de la sentencia, según el cual, la ineficacia del traslado en aplicación del art. 271 de la ley 100 de 1993, corresponde únicamente a la autoridad administrativa, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud. Cabe precisar al respecto que, si bien es cierto, una de las consecuencias de impedir o atentar contra el derecho a la afiliación del trabajador, es la imposición de multa no inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y no superior a cincuenta veces el mismo, caso en el cual, la competencia si es atribuida a la entidad administrativa. Sin embargo, otra de las consecuencias de la transgresión del derecho de afiliación del

trabajador, es la pérdida de efectos jurídicos del acto de afiliación, consecuencia que, ante la ausencia de actuación del ente de vigilancia y control, puede ser aplicada por el Juzgador del trabajo, pues el principio proteccionista que rige el Derecho del Trabajo, le impone, tanto a las autoridades administrativas como a los jueces, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social, de modo que considerar que solo una autoridad administrativa podría declarar la ineficacia del traslado, restringe el desarrollo de los derechos, libertades y garantías constitucionales de los afiliados.

En suma, el precedente ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión del deber de información en cabeza de las AFP, se sustenta en fundamentos legales lo suficientemente sólidos y amplios para ser acogido sin reparos por los Jueces del trabajo, por lo que su aplicación no debe darse de manera protestante o a disgusto, únicamente en obediencia al imperativo constitucional del art. 230 superior y al mandato legal del art. 7 del C.G.P. que hacen obligatoria la aplicación del precedente jurisprudencial.

De esta manera dejo sustentada mi aclaración de voto.



CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA LONDOÑO FRANCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCION

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2020 00205 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la nulidad de traslado al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN, para que, como consecuencia de lo anterior, se ordene su traslado a COLPENSIONES junto con los aportes. (archivo 01 f.º 2-3)

Sustentó las pretensiones en que en el año 2001 fue despedida de la Secretaría de Tránsito y Transporte De Bogotá hoy Secretaría Distrital de Movilidad y, posteriormente, reintegrada en el año 2013; que, en el año 2015, inició los trámites de verificación de semanas evidenciando que sus cotizaciones habían sido enviadas al fondo de pensiones PROTECCIÓN; razón por la cual se acercó al fondo de pensiones a solicitar copia del formulario de afiliación, sin embargo, le fue informado que no contaban con dicho documento; agregó que solicitó a la oficina de talento humano copia de esa afiliación evidenciando que

los datos personales registrados en dicho documento no coincidían con los suyos (archivo 01 f.º2-3 y archivo 05)

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, igualmente en el presente caso la señora Londoño no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, e innominada o genérica. (archivo 08)

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones en las que se le involucre, al considerar que se está en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió la demandante que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación; además, la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, innominada o Genérica (archivo 09)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de marzo de 2022, declaró 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 MARTHA LUCÍA LONDOÑO FRANCO efectuado a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el día 27 de julio de 2000; ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; condenó en costas a las demandadas incluyendo como agencias en derecho el equivalente 3 smlmv pagaderos a cuota parte.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación respecto de los siguientes puntos: la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, sin embargo, en caso de que se confirme la decisión de primera instancia deberá condenarse a la AFP o a la demandante a pagar un cálculo actuarial para soslayar la descapitalización del sistema.

ALEGACIONES

El apoderado de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones.

Se reconoce personería para actuar a la Dra PAOLA KATHERINE RODRIGUEZ HERRA C.C. n.º 1070589381y T.P. nº169.856 del C. S. de la J, como apoderado de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo 01

- A folio 8, formulario de solicitud de vinculación a Santander.
- A folio 74, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 30 de mayo de 1959.

Archivo 09

- A folio 29, formulario de vinculación a Santander.
- A folio 30, registro SIAFP.

Expediente administrativo da cuenta que la actora cotizó un total de 382.29 semanas antes de su traslado.

Interrogatorio de parte a la demandante.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque la decisión del juzgado vulnera el principio de sostenibilidad financiera.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida al momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según se desprende del formulario de vinculación que milita a folio 29 del archivo 009, al cual se le da pleno valor probatorio, se puede colegir que se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión del A-quo quebranta el principio de sostenibilidad financiera, es de anotar que le asiste razón al recurrente, en la medida que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

En otro giro, importa anotar que la construcción jurisprudencial reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, se encuentra que la sustenta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852), pero es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en

sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario de afiliación, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras,

cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019)."

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

"en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a COLPENSIONES son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas."

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos de los recursos y confirmar la decisión de primera instancia.

De otro lado, surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con la aplicación del precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a adicionar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales, siendo esta la razón para negar el recurso de apelación de COLPENSIONES relacionado con que se debe ordenar el cálculo actuarial para evitar la descapitalización del sistema pensional.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará y adicionará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que PROTECCION debe trasladar a COLPENSIONES, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros que se encuentren a su disposición, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que descontaron durante el tiempo que estuvo vinculado la demandante, sumas que deberán ser reintegradas debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: MARTHA LUCIA LONDOÑO FRANCO DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCION RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2020 00205 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

La suscrita se permite aclarar su voto, en el sentido de acompañar la decisión adoptada por la Sala en la parte resolutive de la sentencia adoptada de manera unánime en sentencia del 28 de julio de 2022, pero discordando de los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Los considerandos del proveído, plantean que la decisión de primer grado de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, se debería revocar, y en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda, pero que, en aplicación imperante del precedente judicial fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se confirma.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que el precedente suficientemente decantado por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, no se sustenta en apreciaciones meramente caprichosas, sino en fundamentos legales que regulan los negocios jurídicos, verbigracia, las normas que rigen los contratos en materia civil y las normas que integran el sistema general de seguridad social.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregona que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Entre tanto, el art. 1805 ibídem, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que “*El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley*”¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 ibídem, art. 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal “C” de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de

aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014, ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto, desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera íntegra a sus potenciales afiliados. Así lo adoctrino el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en

sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

De manera que, los planteamientos expuestos en la sentencia, relacionados con que el traslado de régimen pensional de la actora se dio antes de la expedición de las normas que establecieron el deber de información, buen consejo y doble asesoría, desconoce la existencia de disposiciones legales que le atribuyeron a las AFP la carga de informar a quienes deseaban elegir el régimen pensional al cual afiliarse.

La suscrita también diserta del considerando de la sentencia, según el cual, la ineficacia del traslado en aplicación del art. 271 de la ley 100 de 1993, corresponde únicamente a la autoridad administrativa, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud. Cabe precisar al respecto que, si bien es cierto, una de las consecuencias de impedir o atentar contra el derecho a la afiliación del trabajador, es la imposición de multa no inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y no superior a cincuenta veces el mismo, caso en el cual, la competencia si es atribuida a la entidad administrativa. Sin embargo, otra de las consecuencias de la transgresión del derecho de afiliación del

trabajador, es la pérdida de efectos jurídicos del acto de afiliación, consecuencia que, ante la ausencia de actuación del ente de vigilancia y control, puede ser aplicada por el Juzgador del trabajo, pues el principio proteccionista que rige el Derecho del Trabajo, le impone, tanto a las autoridades administrativas como a los jueces, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social, de modo que considerar que solo una autoridad administrativa podría declarar la ineficacia del traslado, restringe el desarrollo de los derechos, libertades y garantías constitucionales de los afiliados.

En suma, el precedente ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión del deber de información en cabeza de las AFP, se sustenta en fundamentos legales lo suficientemente sólidos y amplios para ser acogido sin reparos por los Jueces del trabajo, por lo que su aplicación no debe darse de manera protestante o a disgusto, únicamente en obediencia al imperativo constitucional del art. 230 superior y al mandato legal del art. 7 del C.G.P. que hacen obligatoria la aplicación del precedente jurisprudencial.

De esta manera dejo sustentada mi aclaración de voto.



CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: TANIA MARÍA ROSERO MUTIS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2020 00149 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se aplique el principio de favorabilidad, se efectúe la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad a PORVENIR, se efectúe la totalidad del traslado de aportes del fondo privado Porvenir a Colpensiones, se efectúe su afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, se reconozca la pensión de vejez y retroactivo pensional a su favor, se ordene al pago de las costas procesales y agencias en derecho, el pago de intereses moratorios e indexación de los valores reconocidos.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 8 de mayo de 1964, efectuó cotizaciones a Colpensiones desde el 11 de julio de 1990 hasta el 29 de febrero de 2000; que no se tuvo en cuenta el periodo cotizado en la Gobernación del Amazonas; que radicó en COLPENSIONES y PORVENIR

revocación directa solicitando la nulidad del traslado; que el promotor de PORVENIR no le brindó información, no brindó el deber de asesorar y buen consejo, no realizó proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos ni información sobre los mecanismos de protección a la vejez.

PORVENIR contestó la demanda con oposición a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante a Horizonte se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños después de haber sido ampliamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público – en el que se observa la declaración escrita a la 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 parágrafo del artículo 54 A del CPT. Adicionalmente, se le garantizó el derecho al retracto y el vicio del consentimiento deriva de una nulidad relativa susceptible de ratificación tal como lo dispone el artículo 1741 del C.C., tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, indicó que a la demandante se le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra porque en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en un error por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que le permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y no procedería el traslado de régimen de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de

COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 1 de marzo de 2022, declaró que el traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR, con efectividad a partir del 1 de abril de 2000 es ineficaz y por ende no produjo efecto jurídico. Condenó a PORVENIR a transferir al régimen de prima media con prestación definida todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos, comisiones por administración debidamente indexadas, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero por seguros de invalidez y sobrevivencia o para la garantía de la pensión mínima. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros, a reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, a que una vez activada la afiliación reconozca y pague la pensión de vejez bajo los postulados de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, la que se deberá pagar una vez desafiada del sistema por trece mesadas y liquidada conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Declaró no probadas las excepciones propuestas, informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz. Condenó a POVENIR al pago de costas e incluyó como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. y ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

PORVENIR S.A. Considera que no procede la ineficacia porque el traslado de régimen cumplió con los presupuestos legales vigentes para la fecha, los cuales exigían solamente el formulario de vinculación, aunado a que existió la asesoría que fue de manera grupal. La demandante era mayor de edad al momento del traslado por lo que manifestó su voluntad en el formulario y no incurrió en vicios del consentimiento. Subsidiariamente, en caso de mantenerse la decisión, señala que no procede la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales ni la garantía de pensión mínima porque se genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES ya que los gastos de administración también se generan en el régimen de prima media con prestación definida y hace insostenible financiera el sistema porque se garantizó los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

COLPENSIONES: la decisión no tiene en cuenta la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, no se demostró vicios del consentimiento, la demandante se mantuvo en el régimen de ahorro individual de solidaridad por más de 20 años y la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en riesgo la pensión de los afiliados al RPM, se revoque la decisión sobre la pensión porque es una petición anticipada dado que la demandante se encuentra afiliada al RAIS.

ALEGACIONES

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera, si hay lugar a la devolución de gastos de administración, y si dicha devolución se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

Elementos de prueba relevantes:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 8 de mayo de 1964
- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, 388,14 semanas.
- Historia laboral consolidada.
- Reclamaciones administrativas.
- Registro SIAFP
- Comunicados de prensa.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR.
- Relación de aportes.
- Historia bono pensional.
- Certificación afiliación a PORVENIR.
- Respuesta a reclamación.
- Expediente administrativo
- Interrogatorios de parte.

Caso Concreto

Los apoderados de la parte demandada pretenden se revoque la sentencia y, además, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre el desconocimiento de la prohibición legal contenido en la Ley 797 de 2003 y el principio de sostenibilidad financiera del sistema, se ha de entender que se refiere a la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico;*

pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Ahora la construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, sustentada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, ya que esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de

tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - que ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una

entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso de apelación y CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

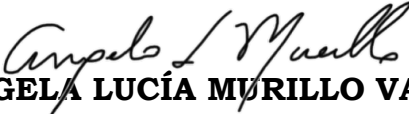
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

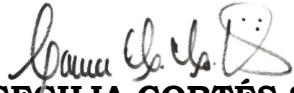
RESUELVE

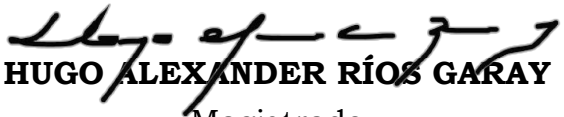
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: TANIA MARÍA ROSERO MUTIS DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2020 00149 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

La suscrita se permite aclarar su voto, en el sentido de acompañar la decisión adoptada por la Sala en la parte resolutive de la sentencia adoptada de manera unánime en sentencia del 28 de julio de 2022, pero discordando de los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Los considerandos del proveído, plantean que la decisión de primer grado de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, se debería revocar, y en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda, pero que, en aplicación imperante del precedente judicial fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se confirma.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que el precedente suficientemente decantado por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, no se sustenta en apreciaciones meramente caprichosas, sino en fundamentos legales que regulan los negocios

jurídicos, verbigracia, las normas que rigen los contratos en materia civil y las normas que integran el sistema general de seguridad social.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregona que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Entre tanto, el art. 1805 ibídem, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que “*El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley*”¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 ibídem, art. 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal “C” de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.°016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin

de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014,

ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto, desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera integra a sus potenciales afiliados. Así lo adocrinó el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

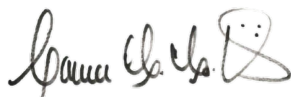
De manera que, los planteamientos expuestos en la sentencia, relacionados con que el traslado de régimen pensional de la actora se dio antes de la expedición de las normas que establecieron el deber de información, buen consejo y doble asesoría, desconoce la existencia de disposiciones legales que le atribuyeron a las AFP la carga de informar a quienes deseaban elegir el régimen pensional al cual afiliarse.

La suscrita también diserta del considerando de la sentencia, según el cual, la ineficacia del traslado en aplicación del art. 271 de la ley 100 de 1993, corresponde únicamente a la autoridad administrativa,

esto es, la Superintendencia Nacional de Salud. Cabe precisar al respecto que, si bien es cierto, una de las consecuencias de impedir o atentar contra el derecho a la afiliación del trabajador, es la imposición de multa no inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y no superior a cincuenta veces el mismo, caso en el cual, la competencia si es atribuida a la entidad administrativa. Sin embargo, otra de las consecuencias de la transgresión del derecho de afiliación del trabajador, es la perdida de efectos jurídicos del acto de afiliación, consecuencia que, ante la ausencia de actuación del ente de vigilancia y control, puede ser aplicada por el Juzgador del trabajo, pues el principio proteccionista que rige el Derecho del Trabajo, le impone, tanto a las autoridades administrativas como a los jueces, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social, de modo que considerar que solo una autoridad administrativa podría declarar la ineficacia del traslado, restringe el desarrollo de los derechos, libertades y garantías constitucionales de los afiliados.

En suma, el precedente ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión del deber de información en cabeza de las AFP, se sustenta en fundamentos legales lo suficientemente sólidos y amplios para ser acogido sin reparos por los Jueces del trabajo, por lo que su aplicación no debe darse de manera protestante o a disgusto, únicamente en obediencia al imperativo constitucional del art. 230 superior y al mandato legal del art. 7 del C.G.P. que hacen obligatoria la aplicación del precedente jurisprudencial.

De esta manera dejo sustentada mi aclaración de voto.



CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: TANIA MARÍA ROSERO MUTIS DEMANDADO:
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2020 00149 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LIGIA INÉS APONTE MARTÍNEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2020 00090 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala decisión Laboral del Tribunal, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la ineficiencia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por resulta ser ineficaz la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., ante la omisión del deber de informar a la demandante con prudencia y pericia y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. Que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al régimen de ahorro individual no puede producir efectos jurídicos, se ordene a COLFONDOS S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido

descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por COLFONDOS S.A., actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la demandante. Se condene a las demandadas a pagar los costos y agencias de derecho al demandado, a lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 3 de agosto de 1961, estuvo afiliada al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año de 1996 en donde cotizó para varias empresas, ante una campaña de desinformación de las AFP en general, firmó un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con destino a la AFP COLFONDOS S.A. el 28 de agosto de 1996, sin que se le hubiera suministrado a mi representada información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen.

COLFONDOS contestó la demanda sin oposición a las primeras pretensiones, aunque señala que la afiliación a esa entidad es completamente válida de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, y se opuso a la pretensión de condena en costas.

Presentó las excepciones de buena fe, innominada o genérica y la de compensación y pago.

COLPENSIONES procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, por cuanto, si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo en las que se efectuó la afiliación, indica que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS y que dicha afiliación se debió a la información brindada por parte de los asesores de la administradora, prueba de ello es la firma impresa del formulario de afiliación. La demandante ha estado afiliada por más de 15 años, sin haber expresado su inconformidad de seguir perteneciendo al mismo. La demandante esta inmersa en la prohibición de traslado de que trata la ley 797 de 2003 y contraviene el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema.

Presentó las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido,

falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de abril de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS. Ordenó a COLFONDOS normalizar la afiliación y trasladar a COLPENSIONES los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad e imputar, una vez recibidos, los aportes a la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a COLFONDOS y COLPENSIONES y fijó como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación **COLPENSIONES**, argumentó que se opone a la declaración de ineficacia porque no se acreditó vicios del consentimiento, la asesoría se acredita con los documentos exigidos para el momento histórico en que se realizó el traslado de régimen, se materializa actos de relacionamiento de la demandante ante el fondo al que se afilió, la decisión desconoce la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2003 y afecta el equilibrio financiero al desconocer el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de la parte demandante y demandada COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión

afecta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

Elementos de prueba relevantes:

Archivo demanda:

- copia de la cédula de ciudadanía que indica que la demandante nació el 3 de abril de 1961.
- Solicitud de vinculación a COLFONDOS el 28 de agosto de 1996.
- Derechos de petición y respuestas.
- Historia bono pensional.
- Reporte de cotizaciones.

Archivo contestación COLPENSIONES

- Expediente administrativo
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

El apoderado de COLPENSIONES pretende se revoque la sentencia y, además, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se deduce de los hechos de la demanda y el acervo probatorio que para el momento del traslado de régimen pensional no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que según su dicho en el interrogatorio de parte se vinculó al Régimen de Pensiones de Ahorro Individual de manera voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora, respecto del argumento del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES sobre la inobservancia del principio constitucional

desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005 sobre la sostenibilidad financiera del régimen de pensiones, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la*

prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Ahora la construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por incumplimiento del deber de información, sustentada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) es de anotar que el mencionado artículo consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga aclarar la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, por lo que no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales dado que son ajenas a la legislación laboral, ya que esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

En ese orden de ideas, la suscrita magistrada aclara que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales habría lugar a revocar la decisión de primera instancia, de no ser porque se ha de cumplir el precedente jurisprudencial que estableció como de obligatorio acatamiento las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, al dejar sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - que ha establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio

público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial hay lugar a desestimar los argumentos del recurso de apelación y CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no prosperan los argumentos del recurso de apelación y se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

SEGUNDO: Sin Costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada
Aclaracion de Voto


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL DEMANDANTE: LIGIA INÉS APONTE MARTÍNEZ DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2020 00090 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

La suscrita se permite aclarar su voto, en el sentido de acompañar la decisión adoptada por la Sala en la parte resolutive de la sentencia adoptada de manera unánime en sentencia del 28 de julio de 2022, pero discordando de los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Los considerandos del proveído, plantean que la decisión de primer grado de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, se debería revocar, y en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda, pero que, en aplicación imperante del precedente judicial fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se confirma.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que el precedente suficientemente decantado por el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral, no se sustenta en apreciaciones meramente caprichosas, sino en fundamentos legales que regulan los negocios

jurídicos, verbigracia, las normas que rigen los contratos en materia civil y las normas que integran el sistema general de seguridad social.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregona que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Entre tanto, el art. 1805 ibídem, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que “*El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley*”¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 ibídem, art.

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal “C” de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.°016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014, ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto,

desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera íntegra a sus potenciales afiliados. Así lo adoctrinó el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

De manera que, los planteamientos expuestos en la sentencia, relacionados con que el traslado de régimen pensional de la actora se dio antes de la expedición de las normas que establecieron el deber de información, buen consejo y doble asesoría, desconoce la existencia de disposiciones legales que le atribuyeron a las AFP la carga de informar a quienes deseaban elegir el régimen pensional al cual afiliarse.

La suscrita también diserta del considerando de la sentencia, según el cual, la ineficacia del traslado en aplicación del art. 271 de la ley 100 de 1993, corresponde únicamente a la autoridad administrativa, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud. Cabe precisar al respecto que, si bien es cierto, una de las consecuencias de impedir o atentar contra el derecho a la afiliación del trabajador, es la imposición de multa no inferior a un salario mínimo mensual legal vigente y no

superior a cincuenta veces el mismo, caso en el cual, la competencia si es atribuida a la entidad administrativa. Sin embargo, otra de las consecuencias de la transgresión del derecho de afiliación del trabajador, es la perdida de efectos jurídicos del acto de afiliación, consecuencia que, ante la ausencia de actuación del ente de vigilancia y control, puede ser aplicada por el Juzgador del trabajo, pues el principio proteccionista que rige el Derecho del Trabajo, le impone, tanto a las autoridades administrativas como a los jueces, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social, de modo que considerar que solo una autoridad administrativa podría declarar la ineficacia del traslado, restringe el desarrollo de los derechos, libertades y garantías constitucionales de los afiliados.

En suma, el precedente ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional por la omisión del deber de información en cabeza de las AFP, se sustenta en fundamentos legales lo suficientemente sólidos y amplios para ser acogido sin reparos por los Jueces del trabajo, por lo que su aplicación no debe darse de manera protestante o a disgusto, únicamente en obediencia al imperativo constitucional del art. 230 superior y al mandato legal del art. 7 del C.G.P. que hacen obligatoria la aplicación del precedente jurisprudencial.

De esta manera dejo sustentada mi aclaración de voto.


CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ