TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500920190006401

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez Alto Riesgo y Pensión de Sobrevivientes.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELISANA AMAYA CASTRO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

ELISANA AMAYA CASTRO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se le reliquide la pensión de sobrevivientes, reconocida a su favor, a partir del 24 de marzo de 2004, en calidad de cónyuge supérstite del causante Pedro Alfonso Goyeneche, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, con un total de 1.298 semanas y un IBL de $1.690.587, junto con el retroactivo que resulte entre las mesadas pagadas desde marzo de 2004, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y los demás derecho y beneficios que resulten probados, conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que contrajo matrimonio con el señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, quien laboró para la empresa ACERÍAS PAZ DEL RÍO, en actividades de minería bajo tierra, durante 20 años, 2 meses y 4 días, por lo que, le fue reconocida por esa Compañía, pensión de jubilación, entre el 30 de abril de 1994 y el 24 de marzo de 1999, fecha a partir de la cual el ISS, mediante resolución No. 03720 del 09 de agosto de 1999, le reconoció

pensión especial de vejez; que, el 25 de julio de 2010, el señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, le solicitó al ISS, la reliquidación de la pensión especial de vejez, teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas por su empleador ACERÍAS PAZ DEL RÍO, correspondientes a 1298, petición que le fue negada por la resolución No. 024172 del 12 de agosto de 2010, confirmada por la GNR19457 del 30 de mayo de 2014.

Indicó que, el señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, falleció el 23 de marzo de 2016, razón por la cual, el 11 de abril de 2016, presentó petición para obtener la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, la cual le fue otorgada, según resolución GNR 163766 del 02 de junio de 2016, derecho que, también consideró mal liquidado, de ahí que, solicitó la reliquidación de la pensión post mortem de vejez, por lo que, COLPENSIONES, emitió la resolución SUB 187947 del 14 de julio de 2018, reliquidando la pensión de vejez de alto riesgo post mortem, con una tasa de reemplazo del 78%, por 1066 semanas cotizadas, que no corresponden a la realidad (fls. 18-22).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó oportunamente mediante escrito visible a folios 28 a 34, se opuso a todas las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el número total de semanas cotizadas por el causante, advirtiendo que, las semanas que se tuvieron en cuenta para reconocer y pagar la prestación reconocida fueron las desempeñadas por el afiliado fallecido, en actividades de alto riesgo, de ahí que, el porcentaje aplicado y resultante como IBL, es el que en derecho corresponde. Propuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de septiembre de 2020, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de alto riesgo, reconocida en vida a PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, teniendo en cuenta una mesada pensional, para el año 2011, de $1.521.528, la cual deberá ser cancelada en 14 mesadas y reajustada anualmente; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, de las diferencias de las mesadas de la pensión especial de vejez, causadas con anterioridad al 26 de junio de 2011 y no probada respecto al reajuste de la pensión de sobrevivientes de la demandante; condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a los causahabientes del señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, la suma de $14.720.378 por concepto de retroactivo pensional, del 01 de junio de 2011 al 22 de marzo de 2016; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante ELISANA AMAYA CASTRO, $16.823.899, por concepto de retroactivo de las diferencias generadas respecto de la pensión de sobrevivientes del 23 de marzo de 2016 al 30 de

septiembre de 2020, las cuales serán pagadas junto con las que se causen en lo sucesivo y hasta que se produzca la inclusión en nómina.

También condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a los causahabientes del señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS y a la demandante, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se liquidarán frente a las diferencias correspondientes del 01 de junio de 2011 al 31 de mayo de 2014, a partir del 26 de junio de 2014 y, frente a las causadas a partir del 01 de junio de 2014 en adelante, a partir de su exigibilidad, es decir, desde el primer día del mes siguiente y hasta que se verifique su pago, a la tasa máxima de interés moratorio vigente para esa fecha; autorizó a COLPENSIONES a realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud, tanto de la pensión de vejez, como de la pensión de sobrevivientes; absolvió a COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenándola en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia la Sala, deberá determinar *i)* si procede la reliquidación de la pensión de vejez por alto riesgo, reconocida al causante Pedro Alfonso Goyeneche Cárdenas, aplicando una tasa de reemplazo del 90%; y, *ii)* si en consecuencia, procede igualmente la reliquidación de la pensión de sobrevivientes concedida a la demandante, en su condición de cónyuge supérstite del pensionado fallecido.

DE LA CALIDAD DE PENSIONADOS DEL CAUSANTE Y LA DEMANDANTE

Quedó demostrado en el proceso, que, mediante acta de conciliación No. 483 del 28 de diciembre de 1998, ACERÍAS PAZ DEL RÍO, le reconoció al señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, pensión de jubilación a partir del 28 de diciembre de 1994, en cuantía de $309.783; igualmente que esa pensión fue compartida con la pensión especial de vejez, reconocida por el ISS, a través de la resolución No. 3720 del 09 de agosto de 1999, liquidada conforme a lo establecido por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, comoquiera que, el afiliado, era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 8 del Decreto 1281 de 1994, para lo cual calculó un IBL de $857.680 al que se le aplicó una tasa de

reemplazo del 75%, teniendo en cuenta un total de 1031 semanas cotizadas, arrojando una mesada pensional inicial de $643.260.

Tampoco fue objeto de controversia, que el señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, falleció el 23 de marzo de 2016; razón por la cual, COLPENSIONES le otorgó a la demandante ELISANA AMAYA CASTRO, a través de la resolución GNR 163766 del 02 de junio de 2016, pensión de sobrevivientes, a partir del 23 de marzo de 2016, en cuantía inicial de $1.555.030, dada su condición de cónyuge supérstite del fallecido. Igualmente, se determinó que, por resolución SUB 187947 del 14 de julio de 2018, COLPENSIONES, reliquidó la pensión de vejez alto riesgo post mortem, del causante, así como la sustitución pensional de la actora, en cuantía de $1.318.658 para el 26 de junio de 2011, teniendo en cuenta que del total de semanas cotizadas por el fallecido, de 1.282, 1.066 correspondían a actividades de alto riesgo y no a las 1.031 semanas con las que inicialmente había reconocido el derecho; todo esto, conforme se advierte de la documental obrante de folios 2 a 17 y el expediente administrativo de folio 48.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Pretende la parte demandante, la reliquidación de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, reconocida al causante PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, incluyendo la totalidad de semanas cotizadas por aquel, que ascienden a 1.298 y no 1066, como lo tuvo en cuenta COLPENSIONES, al momento de reajustar el derecho pensional, a través de la resolución SUB 187947 del 14 de julio de 2018; lo que a su vez, implicaría ajustar el valor de la pensión de sobrevivientes que percibe la actora, en su calidad del cónyuge supérstite del pensionado fallecido.

Al respecto, sea lo primero aclarar que, en el plenario, no se encuentra demostrado que el causante, haya cotizado 1.298 semanas, como lo alega la parte actora en el líbelo; no obstante, de los distintos actos administrativos allegados, así como de la documental obrante en el expediente administrativo del fallecido (CD fl. 75), se extrae que este cotizó un total de 1.282 semanas.

Ahora, como ya se indicó, siendo el causante, beneficiario del régimen de transición del artículo 8 del Decreto 1281 de 1994, para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, la norma aplicable al caso es el Acuerdo 049 de 1990, que, dispone en sus artículos 13, 15 y 20, lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.*
>
> *(…)*
>
> *ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se*

disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;

b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;

c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional."

"ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(…)

II. PENSION DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario".

Por lo tanto, reunidos los requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, la prestación se liquidará conforme a lo establecido en el numeral II del artículo 20 del mencionado Acuerdo, sin que este contemple excepción o limitación alguna respecto a que, para su reconocimiento sólo se pueden contabilizar las semanas en que el afiliado laboró en actividades de alto riesgo; y es que, el trabajador, tiene la posibilidad de continuar laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social, para mejorar su derecho pensional, de ahí que, el artículo 13 de dicha norma advierta que *"Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo",* pues, de seguir cotizando, el afiliado, aumentará el número de semanas cotizadas, con lo cual igualmente incrementará la tasa de reemplazo o el salario mensual base de cotización; estando entonces, en el caso bajo estudio, COLPENSIONES, obligada a tener en cuenta para

la liquidación de la pensión especial de vejez, hasta la última semana cotizada por el causante, por un total de 1.282 semanas, que conforme a lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, corresponde a una tasa de reemplazo del 90%; resultando procedente no solo la reliquidación de la pensión de vejez del causante, sino también la pensión de sobrevivientes de la demandante, como lo dispuso la Juez de Primera Instancia, lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia consultada, en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Como consecuencia de la reliquidación deprecada, solicitó la demandante, condenar a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, petición a la que accedió la a-quo; no obstante, considera la Sala, que no hay lugar a imponer condena por este concepto, toda vez que dichos intereses no se causan respecto de diferencias pensionales, tal y como lo ha sostenido reiteradamente, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL685-2017y SL11427-2016, donde puntualizó:

> *"…no se está en presencia de mora en el pago de mesadas completas, sino de diferencias derivadas de la reliquidación de la prestación, la preceptiva del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable, lo cual se ha reiterado en sentencias de la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 30852, 27 jun. 2012, rad. 42785, y 6 mar. 2013, rad. 39028, entre muchas.*

Lo anterior conlleva a revocar el ordinal quinto de la sentencia de Primer Grado, en cuanto impuso a COLPENSIONES, el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para en su lugar, absolver a esa Administradora, de esta pretensión; máxime cuando se ordenó a favor de la demandante y los causahabientes del señor PEDRO ALFONSO GOYENECHE CÁRDENAS, el pago indexado de las diferencias generadas por la reliquidación de la pensión especial de vejez del causante.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

El artículo 151 del CPTSS, sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *"PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, frente a la reliquidación de la pensión especial de vejez, el término de prescripción se interrumpió con la petición presentada por el causante, el 26 de junio de 2014, la cual le fue negada por COLPENSIONES, a través de la resolución GNR 378682 del 26 de octubre de 2014, es decir que, las diferencias causadas con anterioridad al 26 de junio de 2011, se encuentran prescritas, como lo declaró la Juez de Instancia; sin que la petición presentada por la actora, el 25 de mayo de 2018, haya tenido la virtud de interrumpir dicho fenómeno, pues, como lo advierte el artículo en cita, sólo es válido el primer reclamo presentado ante la Administradora de pensiones demandada; no estando prescritas las diferencias obtenidas por la reliquidación de la pensión de sobrevivientes de la actora, pues, se reitera, ésta radicó su respectiva petición ante la demandada, el 25 de mayo de 2018, el derecho le fue concedido a través de la resolución SUB 187947 del 14 de julio de 2018 e interpuso la presente demanda, el 23 de enero de 2019 (fl.23), es decir, dentro del término de los 3 años, establecido por el artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST; debiendo confirmarse igualmente la sentencia consultada, en este aspecto.

En los anteriores términos queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

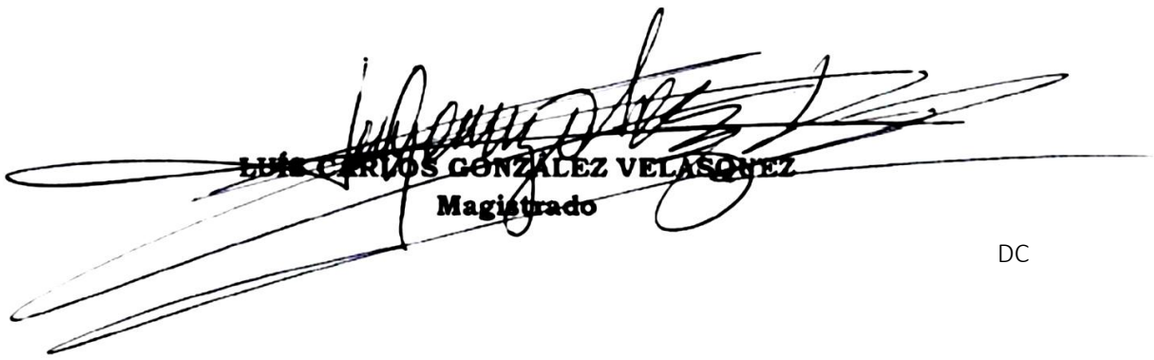
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220009901

SUMARIO ADELANTADO POR ALIX TRIANA ACEVEDO EN SU CONDICION DE PROPIETARIA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO TEJIESTILO FASHION EN CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. Y MEDIMAS EPS S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de febrero de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **ALIX TRIANA ACEVEDO** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.**

ANTECEDENTES

ALIX TRIANA ACEVEDO en su condición de propietaria y representante legal del establecimiento de comercio TEJIESTILO FASHION, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A., procedan al pago de la licencia de maternidad concedida a su trabajadora ANA MILEN NARVÁEZ ARBOLEDA, del 12 de febrero al 17 de junio de 2017, que asciende a la suma de $2.714.000.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, es propietaria del Establecimiento de Comercio TEJIESTILO FASHION, ubicado en la ciudad de Pasto; que, vinculó a ANA MILEN NARVÁEZ ARBOLEDA, para la prestación personal y directa de sus servicios, por lo que, desde el inicio de su relación laboral, afilió a la trabajadora, al Sistema General de Seguridad Social en Salud; que, en vigencia del contrato de trabajo asumió el pago de la licencia de maternidad de la señora NARVÁEZ ARBOLEDA, causada entre el 12 de febrero y el 17 de junio de 2017, cancelándole mensualmente $737.017.

Indicó que, siempre canceló al Sistema de Seguridad Social en Salud, de manera continua e ininterrumpida los aportes de ANA MILEN NARVÁEZ ARBOLEDA y en especial, durante su periodo de embarazo; razón por la cual, el 20 de junio de 2017, solicitó a la EPS CAFESALUD, el pago de la prestación económica, que, fue aprobado por esa accionada, el 06 de julio de 2017, indicando que se encontraba en gestión de pago.

Que, pese a lo anterior, no se le canceló el valor de la licencia de maternidad reclamada, de ahí que, el 01 de marzo de 2018, radicó ante MEDIMAS EPS, derecho de petición, con el fin de obtener el pago de la misma, pero obtuvo respuesta desfavorable, advirtiendo que la EPS CAFESALUD, no había reconocido la incapacidad; que, nuevamente el 24 de abril de 2018, solicitó a las accionadas, la autorización y aprobación del pago de la licencia de maternidad, sin que obtuviera respuesta de fondo, lo que la llevó a interponer acción de tutela, que correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, quien mediante fallo del 27 de junio de 2018, tuteló su derecho fundamental de petición, ordenándoles a MEDIMAS EPS y CAFESALUD EN LIQUIDACION, dar respuesta a su última petición, sin que a la presentación de esta acción, alguna de las demandadas, se haya pronunciado al respecto (fls. 1-4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron oportunamente contestación a la demanda, en los siguientes términos:

CAFESALUD EPS S.A., se opuso a la pretensión, por improcedente, ya que la licencia de maternidad reclamada fue reconocida, liquidada y aprobada para pago; sin embargo, TEJIESTILO FASHION no allegó ningún documento que acredite su pago, requisito indispensable para realizar el reembolso de la prestación económica. Propuso la excepción de licencia de maternidad reconocida y liquidada, que será cancelada una vez el Banco de Bogotá, descongele la cuenta maestra de esa EPS, destinada para el giro y pago de las prestaciones económicas, la cual fue embargada por orden judicial (CD fl. 78).

MEDIMAS EPS S.A.S., se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando no constarle ninguno de los hechos, pues, el incumplimiento que motiva la acción, por el no pago de la licencia de maternidad reclamada, se causó en vigencia de CAFESALUD EPS, como asegurador de la trabajadora MILEN NARVÁEZ ARBOLEDA, razón por la cual, no está legalmente obligada a reconocer, ni pagar, ninguna obligación causada cuando no había iniciado sus operaciones, ni hace parte las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva (CD fl. 78).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, absolvió a MEDIMAS EPS de las pretensiones de la demanda, condenando a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, apagar a favor de la demandante, la suma de $3.099.600, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada CAFESALUD ESP S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia y se absuelva de las pretensiones, pues, luego de dar contestación a esta acción, se envió la relación de dicha licencia de maternidad a MEDIMAS EPS, para que en virtud de la medida cautelar de urgencia decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, con radicado 2500023410002016-01314-00, esa Entidad, se hiciera cargo del pago de las obligaciones reconocidas y liquidadas, sin exigir trámites adicionales a los usuarios; por lo que, MEDIMAS EPS, procedió a realizar dicho pago el 08 de octubre de 2018, directamente a la cuenta de ahorros de la actora, en el Banco Caja Social, para lo cual allegó el respectivo comprobante; que, tampoco procede el pago de actualización monetaria, por encontrarse en proceso de liquidación forzosa administrativa, lo cual constituye fuerza mayor, que la exonera de pagar cualquier sanción moratoria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores*

1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si CAFESALUD EPS S.A., cumplió o no con el pago de la prestación económica por licencia de maternidad, reclamada por la parte actora.

DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

De otra parte, el pago de la licencia de maternidad se encuentra contemplada en el artículo 236 del CST y, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite para su reconocimiento y pago se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador, quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado.

DEL CASO CONCRETO

No fue objeto de discusión en la alzada, el cumplimiento de los requisitos legales, para el reconocimiento y pago a favor de la demandante de la licencia que, por maternidad, le fue otorgada a su trabajadora Ana Milen Narváez Arboleda; limitándose la impugnación de CAFESALUD EPS S.A., a solicitar que se revoque la condena impuesta, comoquiera que, en virtud de la medida especial de intervención de que fue objeto esa Entidad, MEDIMAS EPS, ya le canceló a la demandante, antes de que se profiriera

jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".

la sentencia de Primera Instancia, el valor de la licencia de maternidad deprecada.

Al respecto, advierte la Sala, que, aunque, al contestar la demanda CAFESALUD EPS S.A., advirtió que, la licencia de maternidad cuyo pago reclamaba la actora, estaba liquidada y aprobada, pero, no contaba con los recursos para cancelarla, debido al embargo de que eran objeto sus cuentas bancarias, por lo que, una vez se levantaran las medidas cautelares, procedería al pago de la misma, dicha circunstancia no se acreditó con anterioridad a la sentencia que puso fin a la Primera Instancia. No obstante, CAFESALUD EPS S.A.S, con el recurso de apelación, presentó una relación de pagos por transferencia del 09 de octubre de 2018, por $3.099.600 a favor de ALIX TRIANA ACEVEDO, al Banco Caja Social, Regional Nariño (CD fl. 78), y una consulta del Banco de Bogotá, denominada *"Histórico Pago de Nómina"*, donde se advierte una transacción efectuada por MEDIMAS EPS S.A., a la actora, por el mismo valor, ya mencionado (CD fl.78), por lo que, en virtud del artículo 84 del CPTSS, según el cual *"Las pruebas pedidas en tiempo, en la primera instancia, practicadas o agregadas inoportunamente, servirán para ser consideradas por el superior cuando los autos lleguen a su estudio por apelación o consulta"*; está Sala, procede a tenerlo en cuenta, y comoquiera que, de dichas pruebas, se extrae el pago a la demandante, de la licencia de maternidad otorgada a su trabajadora, no queda opción distinta, que, revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar probada la excepción de carencia actual de objeto por hecho superado; además, tampoco se advierte una pérdida de poder adquisitivo de la licencia de maternidad deprecada, que justifique mantener en firme la actualización monetaria ordenada por el a-quo; máxime cuando, entre su causación y el pago no transcurrió más que 1 año y el cumplimiento, por parte de las accionadas, se produjo con anterioridad a la sentencia de Primer Grado.

Sin costas de esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de febrero de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por **ALIX TRIANA ACEVEDO** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.S.**, para en su lugar, DECLARAR PROBADA, la excepción de carencia actual de objeto, por hecho superado, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220013l-01

SUMARIO ADELANTADO POR LUIS FELIPE SALAZAR EN SU CONDICIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO HOTEL PACÍFICO No.1 CONTRA COOMEVA EPS

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de marzo de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **LUIS FELIPE SALAZAR** en su condición de representante legal del establecimiento de comercio **HOTEL PACÍFICO No. 1** contra **COOMEVA EPS**.

ANTECEDENTES

LUIS FELIPE SALAZAR en su condición de representante legal del establecimiento de comercio Hotel Pacífico No. 1, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que COOMEVA EPS, realice el pago oportuno de las incapacidades otorgados a sus trabajadores, radicadas desde el 27 de abril de 2017.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 27 de abril de 2017, radicó en el portal de prestaciones económicas, de la accionada, unas incapacidades otorgadas a sus trabajadores, sin obtener respuesta alguna; que, el 18 de octubre de 2017, reiteró la petición del pago de las incapacidades pretendidas, a lo que la Entidad, respondió a través del portal web, que las notas créditos No. 18958139 y 19866551 se encontraban el trámite y pendientes para proceder al desembolso; por lo que, solicitó a través de derecho de petición, que se le informara el día en que efectivamente ser haría el pago, contestando la demandada, que el casos sería enviado al área encargada para su análisis, y que contaba con el término de 15 días para dar respuesta a su petición, sin resolver de fondo

el pago de las incapacidades, vulnerando los derechos fundamentales al mínimo vital, Seguridad Social e igualdad de sus trabajadores (fls. 1-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **COOMEVA EPS**, no presentó escrito de contestación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 18 de marzo de 2021, no accedió a las pretensiones del demandante, argumentando que, no existe prueba que evidencie el pago de las prestaciones económicas a sus trabajadores, siendo éste un requisito indispensable para ostentar la facultad que lo legitima a solicitar el reembolso de las mismas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, *"por una omisión involuntaria"*, no presentó oportunamente las pruebas del pago de las incapacidades reconocidas a dos de sus trabajadoras, aportando con la impugnación, los comprobantes de egreso debidamente firmados por ellas y la certificación del contador, donde éste bajo la gravedad de juramento, hace constar que esos pagos fueron debidamente contabilizados con fines fiscales y tributarios de los años 2017 y 2018, razón por la que, se debe acceder a las pretensiones de esta acción.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley

510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por el demandante, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si procede el pago de las prestaciones económicas por incapacidad, reclamadas por el actor o si por el contrario, no hay lugar a su reconocimiento, como lo concluyó la Juez de Instancia, al haber incumplido el demandante, con la carga probatoria que le correspondía.

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

> *"…el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.*
>
> *Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.*

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

(…)

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

…en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (…), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes…"

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del CST, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al auxilio monetario, hasta por 180 días así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores, que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si este

fuere menor. No obstante, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

DE LA CARGA DE LA PRUEBA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 167 del CGP*, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*; por lo que, desde antaño la jurisprudencia ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, por lo tanto, a quien demanda un derecho, no le basta con alegarlo, sino que también debe demostrar los hechos en que sustenta su petición; y, sólo, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, ante una dificultad probatoria, de quien en un comienzo está obligado a probar, es posible que se invierta dicha carga, a fin de exigir a cualquiera de las partes la prueba de los supuestos configurantes del objeto del litigio.

Adicionalmente y respecto a la posibilidad de practicar pruebas en Segunda Instancia, dispone el artículo 83 del CPTSS, modificado por el 41 de la Ley 712 de 2001, lo siguiente:

> *"ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. 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.*
>
> *Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes".*

En ese orden de ideas, en Segunda Instancia, de manera excepcional puede existir un periodo probatorio, siempre que las respectivas pruebas hayan

sido solicitadas, decretadas y no practicadas, por causa no imputable al peticionario.

DEL CASO EN CONCRETO

Advierte el demandante, en su recurso, que, pese a no acreditar oportunamente el pago de las prestaciones económicas deprecadas, sí canceló a sus trabajadoras los valores correspondientes a las incapacidades reclamadas; y, para el efecto allegó con su escrito de impugnación los comprobantes de egreso que así lo demuestran.

Al respecto, aunque efectivamente revisado el líbelo introductorio, se observa que el actor, allegó las incapacidades otorgadas a sus trabajadoras MARTHA CECILIA VILLEGAS y BERTHA MARIA ALVARADO CALVACHE, así:

Trabajador	Fecha inicio	Fecha terminación	Días
Martha Cecilia Villegas	18/07/2017	31/07/2017	14
	01/08/2017	03/08/2017	3
	29/11/2017	01/12/2017	3
	02/12/2017	04/12/2017	3
	05/12/2017	07/12/2017	3
	08/12/2017	13/12/2017	6
	23/12/2017	27/12/2017	5
	28/12/2017	01/01/2018	5
	02/01/2018	03/01/2018	2
	09/07/2018	11/07/2018	3
	27/04/2017	29/04/2017	3
	20/06/2017	23/06/2017	4
Bertha María Alvarado	28/06/2017	08/07/2017	11
	16/07/2017	22/07/2017	7
	23/07/2017	27/07/2017	5
	28/07/2017	01/08/2017	5
	10/11/2017	12/11/2017	3

Lo cierto es que, no presentó prueba alguna de haber cancelado las prestaciones económicas correspondientes a las mencionadas señoras; y, no obstante, haber allegado con el recurso de apelación, unos comprobantes de egreso (fls.49-55), junto con una certificación expedida por contador público (fls. 56-58), tal documental no fue solicitada, ni relacionada como prueba en el escrito inicial de esta acción, razón por la cual no se pueden tener en cuenta en esta Instancia.

Ahora, si en todo caso, esta Sala, accediera a valorar los comprobantes de egreso presentados con la impugnación, tampoco resultan suficientes para revocar la decisión absolutoria de la a-quo, comoquiera que, en la mayoría de ellos, no se especificó cuál era el concepto por el que se le pagó a las trabajadoras, los valores allí consignados, y en otros, se lee *"salarios y horas extras"* (fl. 49), *"salario, horas extras y 1 turno"* (fl. 52 reverso) y *"salario y prima"* (fl. 53 reverso), lo que no resulta congruente, si las

trabajadoras se encontraban en licencia por incapacidad y no estaban prestándole al actor, servicio alguno.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada, ante el incumplimiento de la parte actora, en demostrar los fundamentos fácticos de sus pretensiones.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso sumario laboral promovido por **LUIS FELIPE SALAZAR** en su condición de representante legal del Establecimiento de Comercio **HOTEL PACÍFICO No. 1** contra **COOMEVA EPS**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500220190013401

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Regimen de Transición - Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LIGIA CORTÉS RUEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LIGIA CORTÉS RUEDA instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que se encuentra amparada por el régimen de transición; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el retroactivo pensional desde el 23 de febrero de 2011, junto con los intereses moratorios por cada una de las mesadas dejadas de pagar; que, se conceda lo extra y ultra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 23 de febrero de 1956, por lo que, cumplió 55 años de edad, el mismo día y mes de 2011; que, mediante resolución GNR 171259 del 11 de junio de 2015, COLPENSIONES, le negó la pensión de vejez, argumentando que no cumplía con el requisito de las 750 semanas al 25 de julio de 2005, para ser beneficiaria del régimen de transición, decisión confirmada mediante las resoluciones VPB 73125 del 03 de diciembre de 2015 y SUB 179735 del 05 de julio de 2018.

Indicó que, entre la resolución GNR 171259 del 11 de junio de 2015 y SUB 179735 del 05 de julio de 2018, COLPENSIONES le descontó, sin justificación alguna 9 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, por lo que, en reiteradas oportunidades solicitó la corrección de su historia laboral, evidenciando que COLPENSIONES, no tuvo en cuenta los ciclos 2002-12 y 2004-10, cotizados a través del régimen subsidiado, ni las semanas correspondientes a 2004-09, que se canceló con el número de radicado 520002030097644 en el Banco AV Villas, con lo que alcanzaría las 750 semanas, para ser beneficiaria del regimen de transición y acceder al derecho pensional en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (fls. 2-10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 34 a 41, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; respecto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con el número de semanas cotizadas por la actora y el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, pues, incluidos los ciclos que extraña la demandante, reporta un total de 745,6 semanas al 25 de julio de 2005, insuficientes para ser beneficiaria del régimen de transición, conforme al Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de vejez, en cuantía de $616.000 a partir del 1 de octubre de 2014, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, autorizando a descontar de ellas, el valor correspondiente a los aportes en salud; igualmente, condenó a COLPENSIONES al pago de $46.666.430 por concepto de retroactivo pensional, junto con $27.391.017 por intereses moratorios causados desde el 26 de febrero de 2016 al 30 de septiembre de 2020; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y, condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión los apoderados de la demandante y la demandada COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **DEMANDANTE**, manifestó su inconformidad respecto a la excepción de prescripción que declaró parcialmente probada la a-quo, pues, aun cuando la actora, cumplió los 55 años de edad el 23 de enero de 2011, su última cotización fue el 30 de septiembre de 2014, la primera reclamación administrativa la presentó el 15 de diciembre de 2014, habiendo interrumpido en ese momento el término de prescripción; además, la última resolución en la que COLPENSIONES, le niega el derecho pensional y se agota el procedimiento administrativo, data del 05 de julio de 2018 y la demanda fue radicada el 26 de febrero de 2019, es decir, que no habían trascurrido más de 3 años desde el momento en que se resolvió el agotamiento de la vía gubernativa, por lo tanto, aunque no puede gozar de la pensión de vejez, desde el cumplimiento de la edad, si debe ordenarse desde el 01 de octubre de 2014.

COLPENSIONES, señaló que, si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad, no es beneficiaria del régimen de transición, pues no acreditó las 750 semanas al 22 de julio de 2005, conforme a lo ordenado por el Acto Legislativo 01 de 2005; que, los ciclos 2002-12 y 2004-10, que afirma la actora, no fueron tenidos en cuenta por esa Administradora, si se encuentran incluidos en su historia laboral, sin que aun así cumpla con el número mínimo de semanas para conservar la transición pensional, ni para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez y los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que solo proceden por la demora en el reconocimiento de las pensiones propias de la Ley 100 de 1993, y no para las otorgadas en virtud del Acuerdo 049 de 1990. Igualmente, se opone a la condena en costas y agencias en derecho, que considera tampoco deben ser ordenados en su contra, ya que no se encuentra probado el derecho pensional pretendido por la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandante, insistió en que no se debe declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, pues como obra en el expediente, interrumpió la acción prescriptiva al presentar por primera vez su solicitud pensional, conforme lo previsto en el artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST, por lo que, solicita modificar la sentencia de Primera Instancia, en lo concerniente a declarar no probada la excepción de prescripción, y en su lugar, concederle el derecho pensional, desde el 23 de febrero de 2011, fecha en la cual cumplió los requisitos de semanas cotizadas y edad, para acceder a la pensión de vejez.

COLPENSIONES, manifestó que, la a-quo, se equivocó al reconocer la prestación económica a favor de la demandante, señora LIGIA CORTES RUEDA, pues, no cumple a cabalidad con los requisitos *sine qua non* para el respectivo reconocimiento pensional bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. Por lo tanto, pide que se revoque en su totalidad la sentencia de Primera Instancia y se dé por probada la excepción propuesta de inexistencia del derecho reclamado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar *i)* si la demandante, cumple o no con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición; y *ii)* si procede el reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, como lo determinó la Juez de Primera Instancia.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN

Insiste la demandada COLPENSIONES, en que la demandante, no cumple con los requisitos legales para ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, ni siquiera sumando el tiempo que la actora, asegura no fue tenido en cuenta correspondiente a los ciclos 2002-12, 2004-09 y 2004-10, completaría las 750 semanas al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para acceder a este derecho.

El régimen de transición, en materia pensional, representa un beneficio legal que se otorga en un tránsito legislativo, para continuar aplicando normas derogadas, aún después de su pérdida de vigencia, a quienes tenían la expectativa de alcanzar su derecho. Está consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

> "*La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley*"

Teniendo en cuenta la norma anterior, para acceder al régimen de transición, es necesario que la persona haya estado cobijada por un régimen pensional anterior al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y acreditar la edad de 35 años o más si es mujer o 40 años o más al momento de entrar en vigencia éste, si es hombre. O tener 15 o más años de servicios cotizados, para la misma fecha, 01 de abril de 1994; además que, al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, hubiese cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios. Cumplido alguno de estos requisitos se respetará "*la edad para acceder a la*

pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez" de la norma anterior, de la cual era beneficiario el afiliado.

En el presente caso, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante en el CD de folio 51 del expediente, la demandante nació el 23 de febrero de 1956, es decir, que, al 01 de abril de 1994, fecha a partir de la cual entró en vigencia del Sistema General de Pensiones, tenía 38 años, por lo que, cumple con el requisito de la edad para ser beneficiaria del régimen de transición de que trata la norma anterior.

Ahora, en cuanto a las 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se tiene que, conforme al resumen de semanas cotizadas que milita de folios 24 a 27, 42 a 48 y los demás reportes que obran en el expediente administrativo (CD fl. 51), la demandante cotizó 761,73, así:

Nombre o Razón Social	Desde	Hasta	Total Semanas
ABITBOL Y BIGIO VANY	21/05/1973	18/06/1978	265
INTIMODA LTDA	11/05/1989	19/08/1990	66,57
FCA DE CONFECCIONES	07/05/1991	26/06/1991	7,29
CREACIONES M.S.C LT	09/08/1991	13/12/1991	18,14
MONSALVE MOSQUERA AS	27/07/1992	24/12/1993	69.86
BODIES LTDA	2/04/1994	31/12/1994	36,57
BODIES LTDA	01/01/1995	28/02/1995	7.14
BODIES LTDA	01/03/1995	31/03/1995	4,29
BODIES LTDA	01/07/1995	30/11/1995	32,29
BODIES LTDA	01/12/1995	31/12/1995	4,29
BODIES LTDA	01/01/1996	31/01/1996	4,29
CASTIBLANCO GARAY PE	01/10/1996	31/10/1996	4,29
PEDRO DARIO CASTIBLA	01/11/1996	31/12/1996	8,57
PEDRO DARIO CASTIBLA	01/01/1987	31/12/1997	51,43
PEDRO DARIO CASTIBLA	01/01/1998	31/12/1998	51,43
LIGIA CORTES RUEDA	01/12/2002	31/01/2003	8,57
LIGIA CORTES RUEDA	01/02/2003	31/01/2004	51,43
LIGIA CORTES RUEDA	01/02/2004	31/08/2004	28,29
LIGIA CORTES RUEDA	01/10/2004	31/01/2005	17,14
LIGIA CORTES RUEDA	01/02/2005	25/07/2005	24,85
		TOTAL	761,73

Por lo anterior, contrario a lo manifestado por COLPENSIONES, la actora, sí cumple con el requisito de las 750 semanas cotizadas con anterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para ser beneficiaria de la transición pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende, para acceder a la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, régimen anterior que tenía la demandante, ya que, no sólo acreditó el cumplimiento de los 55 años de edad, el 23 de febrero de 2011, sino también las más de 1000 semanas cotizadas en todo su vida laboral.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

También manifiesta la parte demandada, su inconformidad con la condena impuesta por los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que argumenta, sólo proceden para las pensiones propias de la Ley 100 de 1993, y no para las otorgadas en virtud del Acuerdo 049 de 1990.

Sobre este aspecto, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias CSJ SL7574-2015, CSJ SL2444-2017, CSJ SL3608-2018, determinó que es viable la imposición de estos intereses, frente a pensiones reconocidas bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, comoquiera que, dicha norma se entiende incorporada al Sistema Integral de Seguridad Social concebido a partir de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, ante la negativa de COLPENSIONES, a reconocer a la demandante, la pensión de vejez del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pese a contar con el número de semanas suficientes para ser beneficiaria del régimen de transición, con el que accedía ese derecho pensional, surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, como dispuso la Juez de Primera Instancia; además, la Administradora de pensiones accionada, no alegó ninguna causal válida que justificara su conducta, conforme lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de noviembre de 2012 con radicación 43602; razón por la cual también se confirmará la sentencia apelada en este sentido.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

De otra parte, manifiesta la actora, que no debió declararse parcialmente probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la última resolución en la que COLPENSIONES, le niega el derecho pensional y se agota el procedimiento administrativo, data del 05 de julio de 2018 y la demanda fue radicada el 26 de febrero de 2019, es decir, que no habían trascurrido más de 3 años desde el momento en que se resolvió el agotamiento de la vía gubernativa.

Al respecto el artículo 151 del CPTSS, sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *"PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, la demandante, solicitó a COLPENSIONES, el 03 de marzo de 2015, el reconocimiento de la pensión de vejez; derecho que le fue negado a través de la resolución GNR 54924 del 25 de febrero de 2015, confirmada por la GNR171259 del 11 de junio de 2015 y la VPB73125 del 03 de diciembre de 2015, siendo a partir de esta última fecha, que la actora, contaba con el término de 3 años para instaurar esta acción; sin que, la petición radicada el 22 de junio de 2018, con la cual se pretendía la revocatoria directa de los actos administrativos antes citados, haya interrumpido dicho fenómeno, pues, conforme a lo estipulado en el artículo 151 del CPTSS, sólo el primer reclamo tiene tal virtud; así las cosas al haber interpuesto esta demanda, el 26 de febrero de 2019, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de febrero de 2016, como lo determinó la Juez de Primera Instancia.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que no comparte COLPENSIONES, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad esa Administradora, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **LIGIA CORTÉS RUEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo de la demandante y de $1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500720180019201

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Seguridad Social – Indemnización de Sustitutiva – Prescripción.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HÉCTOR SABOGAL** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** con la vinculación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **FIDUPREVISORA EN SU CONDICIÓN DE VOCERA DEL PAR TELECOM**.

ANTECEDENTES

HÉCTOR SABOGAL, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**, para que, se declare que tiene derecho a la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, incluyendo para ello el valor de su bono pensional, por los servicios prestados a la extinta Telecom; y, como consecuencia, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reconocer, liquidar, emitir, pagar y trasladar a la UGPP, el bono pensional correspondiente; que, se condene a la UGPP a pagarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, incluyendo en ella el valor pleno de su bono pensional, debidamente indexada; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 21 de noviembre de 1944, contando a la presentación de la demanda, con 72 años de edad, que lo hacen sujeto de especial protección constitucional; que, laboró para la Empresa de Telecomunicaciones – Telecom, del 01 de marzo de 1968 al 01 de enero de 1977, como consta en la certificación para bono pensional, expedida por esa misma Entidad, cuyo pago quedó a cargo de la Nación, luego de su liquidación.

Informó que, CAPRECOM, mediante la resolución RDP 1225 de 2008, le negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, argumentando que, su tiempo laborado fue anterior a la Ley 100 de 1993, y que, esa prestación pensional sólo se estableció en dicha normatividad; que, presentó solicitud de revocatoria directa contra esa decisión, la cual se desató por la resolución RDP 047146 de 2015, no accediendo a lo solicitado; que, el 21 de abril de 2016, requirió nuevamente el pago de la indemnización sustitutiva, derecho que le fue negado a través de la resolución RDP 02221 de 2016.

Refirió que, el 21 de octubre de 2016, radicó reclamación administrativa, ante el Ministerio demandado, dándole respuesta mediante oficio del 14 de diciembre de 2016, donde indicó que, no era de su competencia realizar el reconocimiento de una eventual indemnización sustitutiva a su favor; que, ninguna de las demandadas, adelantó las gestiones pertinentes para la configuración de su bono pensional, siendo ésta una de las obligaciones de los entes de la Seguridad Social; que, el bono pensional reclamado, fue liquidado en la suma de $229.668.563, por el tiempo de servicios que prestó a Telecom, por lo que, considera que dicha suma debe incluirse en la liquidación de la prestación económica reclamada (fls. 3-10 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas de la demanda, la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la UGPP, dieron oportunamente contestación a la misma, en los siguientes términos:

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no ser ciertos o no constarle; aclaró que, ese Ministerio, no es una Administradora del RPM, ni fue empleador del actor o sustituto de las obligaciones de éste, por lo que, no está dentro de sus competencias legales, el reconocimiento y pago de indemnizaciones sustitutivas, ni menos aún determinar cómo se financia dicha prestación, función exclusiva de la Entidad de Seguridad Social a la cual se encuentre afiliado el demandante; además, que, el reconocimiento y pago de los bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales correspondientes a los tiempos laborados en la extinta Telecom, con anterioridad al 01 de abril de 1994, están a cargo del MINTIC, quien delegó esa labor en el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom. Propuso las excepciones de inexistencia de obligación a

cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la genérica (fls. 64-77 Archivo 01).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda; aceptó la mayoría de los hechos; y, señaló que, al actor no le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, tal y como lo expresó en la resolución No. 1225 del 11 de junio de 2008 de la extinta CAPRECOM, ratificada por las resoluciones RPD 047146 del 12 de noviembre de 2015, RDP 022211 del 13 de junio de 2016 y ADP 07832 del 15 de junio de 2015, en cuanto no existe claridad respecto a cuál fue la entidad donde se efectuaron los aportes para pensión, teniendo en cuenta que Telecom, no era una Administradora de Pensiones. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción (fls. 95-99 Archivo 01).

Por auto del 29 de abril de 2019, el a-quo, ordenó la vinculación al proceso de la NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES, COLPENSIONES y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera del PAR TELECOM (fl. 235 Archivo 01).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, dijo no constarle los hechos de la demanda; se opuso a las pretensiones de la misma, indicando que, pese a no estar dirigidas en contra de esa Administradora, el artículo 5 del Decreto 2090 de 2015, dispuso que el MINTIC, debe responder por el pago de los bonos pensionales de TELECOM; además, COLPENSIONES, ya le otorgó al demandante, la indemnización sustitutiva a su cargo, a través de la resolución GNR 155315 del 27 de junio de 2013, por 94 semanas cotizadas, entre el 01 de agosto de 1977 y el 20 de enero de 1992, por la suma de $535.975, y por ende, no está llamada a responder por un nuevo reconocimiento frente a ese mismo derecho pensional. Alegó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 238-249 Archivo 01).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**, manifestó no constarle que el demandante, haya cumplido con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, incluyendo para ello el bono pensional por los servicios prestados a Telecom; además que, ese Ministerio, no tiene injerencia en el reconocimiento y pago de los derechos pensionales presentes, ni futuros de los ex trabajadores de la extinta Telecom, pues, el 30 de diciembre de 2005, se celebró contrato de fiducia mercantil entre la Fiduciaria la Previsora S.A., actuando en calidad de liquidador de Telecom en Liquidación y el Consorcio Remanentes Telecom para la constitución del PAR TELECOM, encargado, entre otras, a partir del 01 de diciembre de 2015, de las actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de los bonos

pensionales de los exfuncionarios de la extinta Telecom; no obstante, conforme al Decreto 2090 de 2015, los recursos debían ser suministrados por el Patrimonio Autónomo Pensional -PAP, que entró en liquidación y terminó su vigencia el día 11 de diciembre de 2017, por lo que, el PAR TELECOM, remitió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante comunicación PARDS 4030-2017 del 31 de mayo de 2017, las estructuras correspondientes para la actuación del cálculo actuarial de Telecom y las Teleasociadas incluyendo las novedades reportadas en la vigencia del año 2016 y la actualización de las reservas matemáticas con corte al 31 de diciembre del mismo año. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de conformación de litisconsorcio necesario, prescripción y la innominada (fls. 255-265 Archivo 01).

El CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM administrador y vocero del **PATRIMONIO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN – PAR**, se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que, no le consta que el actor, tenga derecho a la liquidación de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos para acceder a ella; además, el bono pensional, no tiene ninguna injerencia legal respecto a la financiación de dicha indemnización, tal como lo preceptúa el Decreto 1730 de 2001; y, en todo caso, ese Patrimonio, no tiene la facultad legal para reconocer derechos pensionales, pues, no es una Administradora del RPM; aclaró que, por solicitud del señor HERNAN SABOGAL, expidió el Certificado de Información Laboral de Empleadores para Bono Pensional No. 11704 del 25 de enero de 2016, formatos 1, 2 y 3B, pero, tal documento no implica que el actor, sea beneficiario del bono pensional, que, asegura, sólo puede ser utilizado como parte del capital para pensión y no para cuantificar o financiar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Como excepciones de mérito, enunció las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas por el Juez de Instancia (fls. 326-335 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de septiembre de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, absolviéndolas de las pretensiones incoadas en su contra y condenando en costas al demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, pide que se acceda a las pretensiones de la demanda.

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, solicitó confirmar la sentencia consultada, alegando que según información registrada en el Sistema Interactivo de la OBP, al señor HERNAN SABOGAL le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, prestación que reconocen las entidades de previsión a las cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes a pensión y que de ninguna manera se financia con bono pensional, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1730 de 2001 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones; además que, respecto a los tiempos laborados por el señor HERNAN SABOGAL al servicio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM, sin cotizaciones al ISS y por los cuales reclama el reconocimiento de un Bono Pensional, señala que en el evento que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público fuese el responsable de asumir los tiempos laborados por el ahora demandante a la referida entidad con anterioridad al 01 de Abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por encontrarse incluido el demandante, en el cálculo actuarial elaborado por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM y aprobado por ese Ministerio, esa obligación solo es exigible en el momento en que la entidad que resulte ser la responsable del reconocimiento de una eventual pensión de vejez, solicite el reconocimiento de los mismos, bien mediante un bono pensional o una cuota parte pensional; reiteró que el reconocimiento de un bono pensional por los tiempos laborados por el señor HERNAN SABOGAL al servicio de Telecom, solo será procedente en el evento que la entidad que deba efectuar el estudio de la solicitud del derecho pensional, establezca que hay lugar al reconocimiento de la misma y adicionalmente, que dicha prestación debe ser financiada a través de ese beneficio, lo que no ocurre en el presente caso, dado que, como se indicó anteriormente, al señor HERNAN SABOGAL, le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, misma que a la luz de las disposiciones vigentes, no se financia con bono pensional.

COLPENSIONES, solicitó confirmar la sentencia proferida por el a-quo, en lo que respecta a esa Administradora.

La UGPP, señaló que se deben tener en cuenta las consideraciones jurídicas y fácticas del Juzgador de Primera Instancia y confirmar la sentencia consultada

El MINTIC, solicitó confirmar la sentencia consultada, reiterando que ese Ministerio no es el llamado a responder por las pretensiones formuladas en la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia la Sala, deberá determinar si procede o no la

prescripción de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como lo concluyó el a-quo o si dicha prestación pensional no es susceptible de ese fenómeno, caso en el cual se deberá analizar si se debe reconocer conforme a lo solicitado en la demanda.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Declaró el Juez de Primer Grado, probada la excepción de prescripción, respecto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reclamada por el actor, al considerar que, entre el 11 de junio de 2008, fecha de expedición de la resolución 1225, por medio de la cual CAPRECOM, le negó el derecho a esa prestación y el 09 de abril de 2018, fecha de radicación de esta demanda, transcurrieron más de tres años, superando el término legal previsto en el artículo 151 del CPTSS, para interponer esta acción.

Al respecto, el artículo 151 del CPTSS, sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *"PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible y, por ende, la indemnización sustitutiva, contrario a lo señalado por el a-quo, tampoco es susceptible del fenómeno de la prescripción; es así como, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de octubre de 2019, rectificando su criterio anterior, determinó que:

> *"Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.*
>
> *No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.*
>
> *De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).*

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.

***En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos**.*

En el primer caso –la pensión- porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva- porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, ***debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso****.*

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues,

se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, ***tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva*** *y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009…"* (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, se equivocó el Juez de Instancia al declarar la prescripción del derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, deprecada por el demandante, pues, tratándose de una prestación pensional, propia de la Seguridad Social, su carácter es irrenunciable y puede reclamarse en cualquier tiempo. Así las cosas, habrá de revocarse el ordinal primero de la sentencia consultada, para en su lugar, declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, procediendo la Sala, al estudio de las pretensiones del actor.

DE LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el demandante, el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión del vejez, incluyendo para ello el valor de su bono pensional, por los servicios prestados a TELECOM, entre el 01 de marzo de 1968 y el 31 de enero de 1977; derecho que inicialmente, le fue negado por CAPRECOM, mediante la resolución 1225 del 11 de junio de 2008, argumentando que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor, no se encontraba vinculado al servicio oficial; además, que la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sólo fue creada con la Ley 100 de 1993 y el tiempo de servicios reclamado, data de fecha anterior a esta Ley.

Con el fin de resolver las súplicas del actor, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, según el cual, *"Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en*

sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado".

El artículo 1 del Decreto 1730 de 2001, modificado por el artículo 1 del Decreto 4640 de 2005, que señala:

> *"Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:*
>
> *a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;*
>
> *b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;*
>
> *d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto - ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto- ley 1295 de 1994".*

De las disposiciones en cita se desprende que son dos los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento de la indemnización; el primero de ellos, consistente en que para la fecha del cumplimiento de la edad que la ley ha previsto para conceder la pensión de vejez, esto es, 57 años de edad si es mujer, o 62 años de edad si es hombre; el afiliado a la entidad de Seguridad Social administradora del RPM, no reúna el número mínimo de densidad de cotizaciones allí establecidos; y el segundo; que ante su imposibilidad de continuar cotizando declare tal circunstancia.

En este orden de ideas, para el caso que nos ocupa, el demandante, para el 21 de noviembre del año 2006, fecha en la cual cumplió los 62 años de edad, según copia de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente, contaba con 2817 días laborados, equivalentes a 406.71 semanas, por el tiempo de servicios a TELECOM, según el certificado de información laboral (fls. 14-22 Archivo 01 y Archivo 10), y la Resolución RDP 022211 del 13 de junio de 2016 (fl. 32-34 Archivo 01), ciertamente ante su imposibilidad de continuar efectuando aportes para obtener la pensión de vejez, circunstancia que puso en conocimiento de la liquidada CAPRECOM, al momento de solicitar la prestación, de ahí que, resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva deprecada; sin desconocer que ya le fue

otorgado similar derecho por COLPENSIONES, a través de la resolución GNR 155315 del 27 de junio de 2013, pero, por el tiempo laborado entre el 01 de agosto de 1977 y el 20 de enero de 1982, con empleadores particulares (fls. 217-220 Archivo 01).

Y es que no puede desconocerse que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue el de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, al punto que, en su artículo 13, al referirse a las características del sistema general de pensiones, garantizó la eficacia de las cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia, así:

> *"'(…) f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquiera caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo del servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.*
>
> *"'g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualquiera de ellas'.*

A su vez, el parágrafo del artículo 36 señaló:

> *"Parágrafo: Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."*

Por consiguiente, la circunstancia de no haber cotizado el actor, ninguna semana al RPM con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en manera alguna apareja la ineficacia de sus aportes durante el tiempo laborado a TELECOM, en tanto, se encuentra amparado no sólo por el artículo 36 ibidem, sino por el artículo 53 supralegal y, por ende, sus aportes no pueden perderse o ser ignorados, máxime cuando deben consultarse los principios de equidad y proporcionalidad.

En relación con la posibilidad de que los beneficiarios del régimen de transición puedan acceder a prestaciones y/o prerrogativas contenidas en la Ley 100 de 1993, basta remitirnos al inciso segundo del artículo 36 en cuanto establece:

> *"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.*

> ***Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley"*** (Negrilla fuera de texto).

De tal suerte, el cumplimiento de la legislación de marras se hizo obligatorio a partir de su vigencia y por supuesto, las situaciones consolidadas con posterioridad al 01 de abril de 1994 se rigen por su normatividad, para el caso que nos ocupa, el cumplimiento de los 62 años de edad por parte del actor, la declaración sobre la imposibilidad de continuar cotizando y, por su puesto, un número deficiente de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, que aunque se realizaron con antelación a su expedición, son totalmente válidas para los anotados propósitos y por ello deberán tenerse en cuenta.

Bajo esta óptica, no se revela sólida la interpretación restrictiva, que en su momento expuso CAPRECOM, para denegar el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del actor, desechando la afiliación del señor HÉCTOR SABOGAL al Sistema General de Pensiones por el hecho de que su retiro del servicio y, por ende, suspensión en las cotizaciones, se hubiese producido con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, habida consideración de que en los términos del último inciso del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, sin necesidad de nueva vinculación, éste continuó como afiliado a la institución de seguridad social para la cual efectuó cotizaciones, y de contera, las mismas han de tenerse en cuenta dentro del sistema general de pensiones; es así como puntualiza la referida norma en lo pertinente:

> *"ARTICULO 11. DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCION Y VINCULACION. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*
>
> *(…)*
>
> *Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.*

De otra parte, respecto del tema de vinculación y afiliación los artículos 12 y 13 del citado Decreto indican:

> *"ARTICULO 12. CONFIRMACION DE LA VINCULACION. Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleados dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación.*
>
> *Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto.*
>
> *ARTICULO 13. PERMANENCIA DE LA AFILIACION. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones."*

Se desprende de lo expresado que, al no existir prueba de que el demandante, se hubiese desafiliado del RPM con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ningún reparo merece para la Sala, que es beneficiario del régimen de transición y como tal, puede acceder a las prerrogativas allí contenidas, en especial la contenida en su artículo 37 por así disponerlo el parágrafo del artículo 2 del Decreto 692 de 1994, que reza:

> *"PARAGRAFO. Cuando no se cumplan los requisitos mínimos para acceder a las pensiones previstas, habrá lugar, en todo caso, a la devolución de saldos o a las indemnizaciones sustitutivas que correspondan."*

Así las cosas, las reflexiones anteriores se muestran suficientes para resolver favorablemente esta súplica, por lo que se revocará parcialmente el ordinal segundo de la sentencia consultada, para reconocer la indemnización sustitutiva reclamada por el actor; no obstante, comoquiera que, el demandante, solicita el reconocimiento de este derecho pensional, *"incluyendo en ella el valor pleno"* de su bono pensional, considera la Sala, pertinente recordar, que los bonos pensionales de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, *"constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones"*. Doctrinalmente han sido definidos como *"un valor a favor de un afiliado que se traslada a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual representa la deuda pensional causada desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales, legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación"*[1].

[1] Problemas Actuales de la Seguridad Social Bonos Pensionales, Fernando Castillo Cadena, Editorial Ibáñez, Universidad Javeriana.

Claro es entonces, que su finalidad principal es la de hacer viable el traslado de los afiliados al Sistema General de Pensiones entre los distintos regímenes pensionales; de ahí que se pueden clasificar, en bonos pensionales *i)* de acuerdo con su emisor, como se advierte en el artículo 118 de la Ley 100 de 1993; *ii)* dependiendo del régimen al cual se traslada el afiliado, que, serán bono tipo A, que le corresponde a quien se traslada del RPM al RAIS (Ley 1299 de 1994), o, tipo B, cuando el traslado ocurre del RAIS al RPM (Ley 1314 de 1994); y *iii)* en bonos especiales tipo E, que se expiden a favor de trabajadores que se trasladaban del RPM al régimen exceptuado de Ecopetrol (Decreto 876 de 1998) o, C, para quienes se trasladaban al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Decreto 816 de 2002).

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso bajo estudio, no se encuentra probado que el demandante, haya efectuado traslado alguno de régimen pensional, pues, siempre estuvo afiliado al RPM, representado inicialmente en las Cajas de Previsión Social, así como en el Instituto de Seguro Social, razón por la cual, como indicó el demandado CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM administrador y vocero del PATRIMONIO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN – PAR, el hecho de que se le haya expedido la certificación de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones, no implica necesariamente que el actor, sea beneficiario de dicho título de deuda pública y que, debe ser entregado directamente a él, como indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Debe el demandante, entender que una cosa es la financiación de la indemnización sustitutiva que, evidentemente implica para la Entidad pagadora, requerir al empleador o su representante, para que aporte el capital destinado al reconocimiento del derecho pensional, bien sea, pensión o indemnización, y otro escenario diferente, es el de la liquidación de la prestación que en el caso de la indemnización sustitutiva, se encuentra debidamente reglado en el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001, a efecto de lo cual deberá aplicar la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la Administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma Ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva. A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se obtiene por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, a favor del demandante, la suma única de $2.230.583,36, cuyo pago estará a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, conforme a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1389 de 2013 y como lo aceptó esa misma Entidad, a través de las resoluciones RDP 047146 del 12 de noviembre de 2015 (fls. 28-30 Archivo 01) y RDP 022211 del 13 de junio de 2016 (fls.32-34 Archivo 01).

Igualmente se autorizará a la UGPP, para adelantar el cobro ante las Entidades, que deban aportar los recursos tendientes a financiar la indemnización sustitutiva reconocida a favor del actor, debiéndose adicionar el ordinal quinto a la sentencia consultada, en este sentido.

En los anteriores términos queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandada UGPP.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 10 de

septiembre de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** a reconocer y pagar a favor del demandante **HÉCTOR SABOGAL**, la suma única de DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS con TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($2.230.583,36), por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

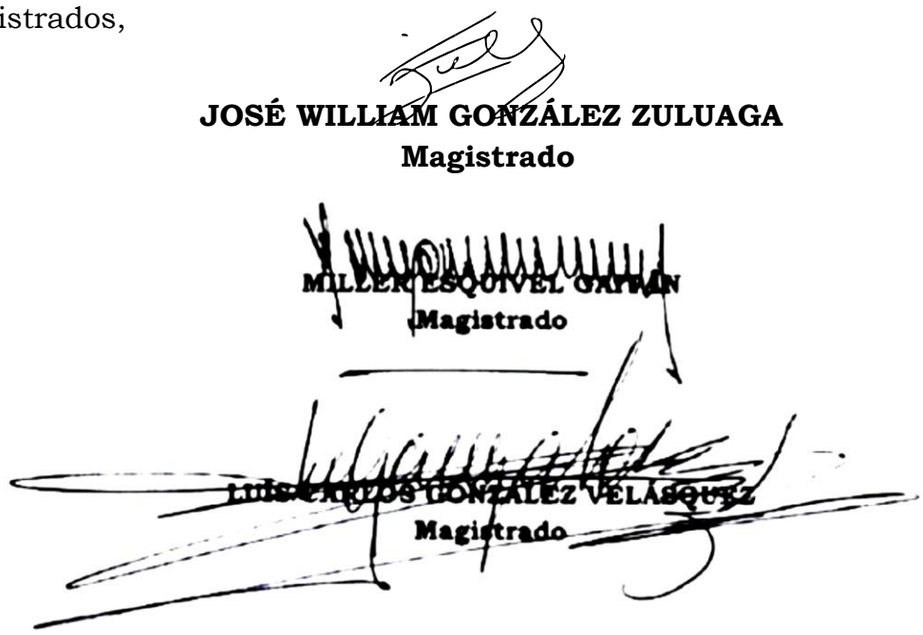
TERCERO: ADICIONAR el ordinal quinto a la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, y AUTORIZAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP**, adelantar el cobro ante las Entidades, que deban aportar los recursos tendientes a financiar la indemnización sustitutiva reconocida a favor del señor HÉCTOR SABOGAL.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandada UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS AGUSTOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220021 1-01

SUMARIO ADELANTADO POR MARÍA GLADYS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ CONTRA EPS FAMISANAR S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada EPS FAMISANAR S.A.S., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de noviembre de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **MARÍA GLADYS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** contra **EPS FAMISANAR S.A.S.**

ANTECEDENTES

MARÍA GLADYS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que la EPS FAMISANAR S.A.S., le reconozca y pague la suma de $1.865.500 por concepto de gastos de atención de urgencias en la USS Simón Bolívar.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la EPS FAMISANAR S.A.S., como beneficiaria de su señor padre Plinio Rodríguez Turca; que, tiene 55 años de edad y padece de una enfermedad en condición de discapacidad denominada *"paraparesia espática – enfermedad de alto costo"*, por la que, ha recibido paliativos, sin mejoría definitiva en su estado de salud, actualmente muy deteriorado.

Refirió que, su padre, falleció y, a partir de ese momento comenzó un *"calvario"* con la EPS FAMISANAR S.A.S., para la prestación de los servicios médicos que necesita; que, el 28 de marzo de 2018, sufrió una crisis, empezó a convulsionar, perdió la conciencia y presentó una estado de agresividad, por lo que, su familia solicitó a la Secretaría de Salud, el servicio de ambulancia; que, el equipo que atendió la emergencia, durante su traslado, llamó a la EPS FAMISANAR S.A.S., para que ésta les indicara

a qué Centro Médico debían trasladarla, dando una respuesta negativa, porque según ellos ya no tenía servicio de salud; que, entonces el equipo de emergencia, decidió llevarla al Hospital Simón Bolívar, donde nuevamente se comunicaron con la accionada, quien no autorizó el servicio, razón por la cual tuvo que ser hospitalizada como particular.

Indicó que, estuvo ingresada 3 días en el Hospital Simón Bolívar y, a pesar de que los médicos le recomendaron quedarse mínimo 8 días, para la práctica de exámenes y observación, cuando su familia solicitó la autorización para su salida, la cuenta por gastos médicos ascendía a $1.865.500, por lo que, se vio en la necesidad de solicitar préstamos con amigos, para cancelar la factura del Hospital; que, los médicos autorizaron su salida, pero, le ordenaron acudir por medicina externa a neurología, psiquiatría, medicina física y rehabilitación, nutrición y dietética, además, tomarse un electroencefalograma convencional, por lo que, solicitó la respectiva autorización a la EPS demandada, servicios que le fueron negados, argumentando que, su afiliación se encontraba cancelada.

Que, solicitó la devolución del 100% de los dineros pagados al Hospital Simón Bolívar, pero FAMISANAR, rechazó la petición, porque no se hacen reembolsos a beneficiarios, además que, el cotizante, es decir, su señor padre, había fallecido para la fecha de la urgencia y ella ya no estaba afiliada a la EPS, circunstancia que no es verdad, pues, según consulta de la ADRES, para la fecha de su hospitalización aún se encontraba afiliada y sólo hasta el 29 de abril de 2018, se suspendió su afiliación como beneficiaria.

Manifestó que, su familia no cuenta con los recursos económicos para cancelar un servicio médico de carácter particular y que, ella es una persona de 55 años de edad, discapacitada, que dependía económicamente de su padre; que, se encuentra tramitando la pensión de sobrevivientes, desde febrero de 2018, sin obtener respuesta alguna; que, está atravesando una difícil situación económica, con obligaciones mensuales que no puede sufragar (fls. 1-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **EPS FAMISANAR S.A.S.**, no dio contestación a la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2020, accedió a la pretensión formulada por la demandante, ordenando a FAMISANAR EPS, reconocer y pagar a la

actora, la suma de $1.865.500, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la EPS FAMISANAR S.A.S., interpuso recurso de apelación, argumentando que, el reclamo no se hizo dentro del término legal, ni se presentó la documentación requerida para su estudio, por lo que, la misma, se considera extemporánea; además que, la usuaria, se encontraba afiliada como beneficiaria, debiendo cancelar un copago, de acuerdo a la categoría en que se encontraba, que para el presente caso era "B"; que, no existe prueba alguna o formato que demuestre la denegación del servicios, de ahí que, no hubo una incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por parte de la EPS; en consecuencia, no resulta procedente el reembolso ordenado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS,

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta procedente o no el reembolso reclamado por la actora, en los términos en que fue concedido por la a-quo.

DE LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO DE SALUD DE LOS BENEFICIARIOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL COTIZANTE

Respecto a la prestación del servicio de salud, para los beneficiarios, del cotizante fallecido, establece el artículo 2.1.8.5. del Decreto 780 de 2016, que:

> *"ARTÍCULO 2.1.8.5. GARANTÍA DE LA CONTINUIDAD DE LA PROTECCIÓN EN SALUD DE LOS BENEFICIARIOS DE UN COTIZANTE FALLECIDO. Los beneficiarios de un cotizante fallecido* ***tendrán derecho a permanecer en el Sistema en los mismos términos y por el mismo período que se establece para los períodos de protección laboral*** *en los términos previstos en la presente Parte cuando el cotizante fallecido tuviere derecho a ella; en todo caso, registrarán la novedad en el Sistema de Afiliación Transaccional a más tardar en el mes siguiente al fallecimiento.*
>
> *Cuando una entidad promotora de salud, EPS, haya compensado por un afiliado cotizante fallecido o su grupo familiar, deberá proceder a la devolución de las UPC así compensadas, en el período siguiente de compensación que corresponda a aquel en que se verificó la información sobre el fallecimiento.*
>
> *PARÁGRAFO. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, la novedad de que trata el presente artículo deberá reportarse directamente a la EPS"* (Negrilla fuera de texto).

Y en cuanto al término de duración de la protección laboral, dispuso el artículo 2.1.8.1. del mismo Decreto, lo siguiente:

> *ARTÍCULO 2.1.8.1. PERÍODO DE PROTECCIÓN LABORAL. Cuando el empleador reporte la novedad de terminación del vínculo laboral o cuando el trabajador independiente pierda las condiciones para continuar como cotizante y reporte la novedad, el cotizante y su núcleo familiar gozarán del período de protección laboral hasta por uno (1) o tres (3) meses más contados a partir del día siguiente al vencimiento del período o días por los cuales se efectuó la última cotización.*
>
> ***Durante el período de protección laboral, el afiliado cotizante y su núcleo familiar tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios por el período de un (1) mes cuando haya estado inscrito en la misma EPS como mínimo los doce (12) meses anteriores y de tres (3) meses cuando haya estado inscrito de manera continua durante cinco (5) años o más****.*
>
> *Cuando durante el período de protección laboral al afiliado se le otorgue el Mecanismo de Protección al Cesante previsto en la Ley 1636 de 2013 y en el Capítulo 1, del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072*

de 2015 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, el período de protección laboral cesará." (Negrilla fuera de texto).

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6 de la Ley 1949 de 2019, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:*
>
> *1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
>
> *2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
>
> *3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios…"*

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

> ***"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.*** *Las entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, Deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica* ***y en caso de*** *incapacidad,* ***imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.*** *La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por el Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar*

> *original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.* ***Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tengas establecidas el Ministerio de Salud para el sector público.*** *En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.".* (Negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere el deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este

afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes requeridos para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Alega la accionada, en su recurso, que no procede el reembolso de los gastos médicos en que incurrió la actora, por la atención de urgencias y hospitalización de que fue objeto el 28 de marzo de 2018, pues, presentó de forma extemporánea e incompleta su solicitud de pago; además que, como beneficiaria del servicio de salud, estaba en la obligación de cancelar un copago, y que, no existe prueba de la denegación del servicio de salud, por parte de esa Entidad.

Al respecto, se debe señalar que, no fue objeto de discusión en la alzada, que, la demandante, señora MARÍA GLADYS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, se encontraba afiliada, al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en condición de beneficiaria del señor Plinio Rodríguez Turca, vinculado la EPS FAMISANAR S.A.S.; tampoco que, ésta padece una parálisis espástica, con episodios de disartria, autoagresión y heteroagresión, aislamiento y llanto fácil, con grado profundo de discapacidad física, mayor al 50% (fls. 51-52); y que, el 28 de marzo de 2018, requirió atención de urgencias, pues, presentó un cuadro severo de agresividad, se encerró en el baño de su hogar y fue necesaria la intervención de personal de emergencia, quienes la sedaron y trasladaron a la USS SIMÓN BOLÍVAR.

Según comunicación emitida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., de fecha 16 de noviembre de 2018, de acuerdo a los registros de la entidad, una vez la actora, ingresó al servicio de urgencias del Hospital Simón Bolívar, *"en el momento de su admisión se asigna como pagador FAMISANAR, se observa en comprobador de derechos y ADRES que la usuaria está activa en Famisanar, se adjunta pantallazos soportes de esta verificación; sin embargo, al momento de realizar la llamada de notificación de la urgencia, la EPS Famisanar informa que se encuentra suspendida por fallecimiento del cotizante, ya que la señora es Beneficiaria, esta respuesta se deja como anotación en el Voucher, así como el nombre de la representante de la EPS FAMISANAR que suministra la información"* (fl. 73).

Igualmente, al plenario se allegaron como pruebas, la historia clínica y de información de la atención de urgencias y hospitalización prestada a la demandante, del 28 al 30 de marzo de 2018, en la USS Simón Bolívar (fls. 4-36); recibos de caja y factura de venta, por concepto de *"ATENCIONES DIARIAS INTRAHOPIT, HOSPITALIZACION GENERAL, INTERCONSULTA*

ESPECILIZADA, LABORATORIO Y ANALISIS CLINICO, IMAGENEOLOGÍA RADIOLÓGICA, CONSULTA URGENCIAS", por la suma de $1.865.500 (fls. 37-38); distintas órdenes para servicios médicos expedidas por la USS Simón Bolívar (fls. 39-40); consultas de afiliación al Sistema General de Salud (fls. 55-56); formulario solicitud de reembolso radicado el 12 de abril de 2018, ante la entidad accionada, junto con las diferentes peticiones presentadas ante la EPS FAMISANAR S.A.S., reiterando el reembolso aquí deprecado (fls. 57-62).

Asimismo, en el curso del proceso, rindió análisis del caso la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, se debe ordenar el reconocimiento económico reclamado por la demandante, ya que, *"Según normatividad vigente para la fecha de los hechos los beneficiarios de un cotizante fallecidos tienen derecho a permanecer en el Sistema en los mismos términos y por el mismo periodo que se establece para los periodos de protección laboral; como el afiliado cotizante era pensionado el periodo de protección laboral seria de 3 meses, por lo tanto, Famisanar EPS le debía garantizar la atención en salud a la señora María Gladys Rodríguez Rodríguez hasta el mes de abril de 2018. Famisanar EPS no tuvo en cuenta que como la señora María Gladys Rodríguez Rodríguez presentaba una discapacidad de tipo físico con un grado profundo mayor al 50%, gozaba de protección constitucional"* (fl. 79).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, hubo una denegación injustificada del servicio de salud a favor de la demandante, quien no sólo requirió la atención médica de urgencias, sino los posteriores controles médicos, ordenados durante su periodo de hospitalización, que la EPS FAMISANAR S.A.S., le negó alegando su desafiliación, por fallecimiento del cotizante, cuando a la luz de lo establecido por los artículos 2.1.8.1 y 2.1.8.5 del Decreto 780 de 2016, ya citados, se encontraba amparada por el periodo de protección laboral de 3 meses; de ahí que, habiendo fallecido su padre, en el mes de enero de 2018, la actora tenía garantizado el servicio de salud hasta el mes de abril de 2018; no obstante, ante la negativa de la accionada, en autorizar su atención y hospitalización el día 28 de marzo de 2018, ésta se vio obligada a contratar los servicios médicos de la USS Simón Bolívar, de forma particular, ante el riesgo que corría su vida y salud, por la incapacidad que padece, y que, requería de atención inmediata.

Tampoco, resulta válido para la Sala, el argumento de la demandada, en cuanto a que la petición de reembolso se radicó de forma extemporánea, pues, la demandante, fue dada de alta el 30 de marzo de 2018 y radicó el formulario de cobro ante FAMISANAR el 12 de abril de 2018 (fl.60), es decir, dentro del término legal, fijado en el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, para su reconocimiento. Menos aún, resulta admisible, que la EPS demandada, justifique la no devolución de los gastos médicos en que

incurrió la actora, ante la denegación del servicio de salud, en la obligación que tienen los beneficiarios de cancelar los denominados copagos, que, conforme a lo establecido por el artículo 2 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSS, *"son los aportes en dinero que corresponden* ***a una parte del valor del servicio demandado*** *y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema"*; y que, en momento alguno pueden corresponder al pago de la totalidad de los servicios médicos requeridos por el beneficiario, como de manera errada lo intenta dar a entender la demandada.

Así las cosas, al encontrarse plenamente demostrada la negación injustificada del servicio de salud requerido por la demandante, el 28 de marzo de 2018, que la obligó a asumir directamente y como particular los servicios de urgencias y hospitalización, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que ordenó la devolución de los dineros cancelados por ésta a la USS Simón Bolívar, lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 12 de noviembre de 2020, dentro del proceso sumario laboral promovido por **MARÍA GLADYS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** contra **EPS FAMISANAR S.A.S.**, por las razones expuestas.

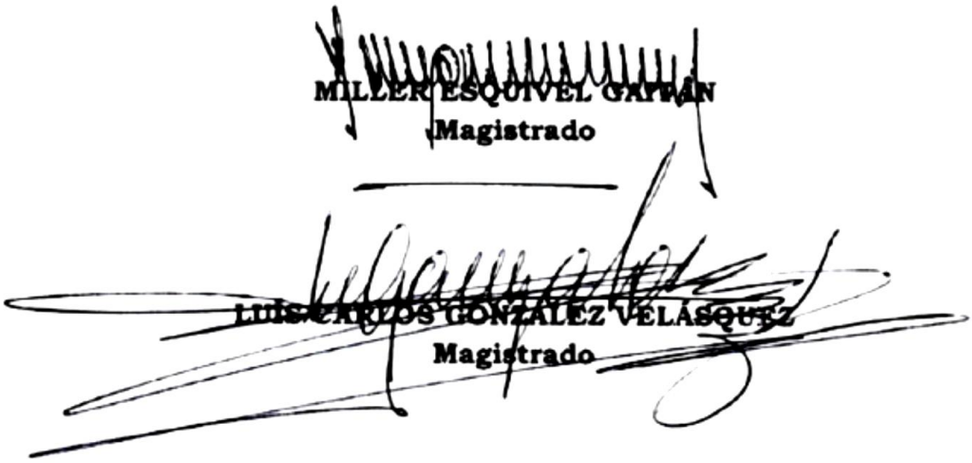
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502320190076701

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SAÚL GANEDEN CIFUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**

ANTECEDENTES

SAÚL GANEDEN CIFUENTES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., para que, se declare que la AFP PORVENIR S.A., omitió proporcionar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante, oportuna, el deber del buen consejo y la debida asesoría, al momento de realizar su afiliación y traslado del RPM al RAIS, el 27 de junio de 1994; que, se declare que debido a esa omisión de información, su traslado de régimen pensional carece de los elementos necesarios exigidos por la ley para su existencia o

validez y por tanto, resulta ineficaz; que, se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectivo a través de afiliación hecha por la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 27 de junio de 1994; que, se declare que nunca se trasladó eficazmente del RPM al RAIS, por lo que, siempre permaneció afiliado en el RPM, administrado hoy por COLPENSIONES y se encuentra válidamente afiliado a éste; en consecuencia, que se ordene a COLPENSIONES a admitir su regreso automático como afiliado del RPM; que, se condene a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en virtud de fusión empresarial ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual y que el valor de dichos recursos se calcule conforme a la fórmula de indexación prevista por la ley, junto con los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por los periodos en que permaneció afiliado al RAIS, valores que deberá cancelar debidamente indexados, sin descontar concepto alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro; que, se conceda lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 02 de noviembre de 1956, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, contaba con 63 años de edad; que, estuvo vinculado al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 01 de octubre de 1979 hasta el 30 de junio de 1994; que, el 27 de junio de 1994, asesores de la AFP PORVENIR S.A., se presentaron en las instalaciones de su lugar de trabajo, ofreciéndole el traslado al RAIS, motivo por el cual, ese mismo día suscribió el formulario de afiliación, efectivo a partir del 01 de julio de 1994.

Refirió que, al momento de su traslado de régimen pensional había cotizado 527,57 semanas en el RPM y registraba un IBC de $448.350; que, al momento de su afiliación la AFP PORVENIR S.A., no cumplió a cabalidad con su obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente, veraz, clara, eficaz y oportuna, que le permitiera a futuro, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger entre los regímenes pensionales existentes y poder tomar una decisión informada respecto de su futuro pensional; que, no se le indicó cómo funcionaba el RAIS, ni se le explicó que en dicho régimen la pensión se construía con el capital que hubiere en su cuenta de ahorro individual, las rentabilidades de ese capital y el valor del bono pensional si lo hubiere; tampoco que, debía mantener un nivel ce cotizaciones constantes, para acceder a una mención más favorable que en el RPM; nada se le indicó respecto al monto que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la garantía de pensión mínima, ni mucho menos los requisitos que debía cumplir para adquirir ese derecho; que, no le efectuaron una proyección del valor aproximado de su mesada pensional en el RAIS, ni del monto de la misma en el RPM.

Indicó que, como antesala de su traslado al RAIS, se le dio información muy precaria, sin advertirle la conveniencia o no de su traslado, teniendo en cuenta sus condiciones particulares, no se LE entregó su plan de pensiones, ni el manual de funcionamiento de la AFP PORVENIR S.A., limitándose

emplear estrategias comerciales y exponer siempre un escenario más favorable en el RAIS, que en el RPM.

Que, el 18 de febrero de 1997, se afilió a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PROTECCION S.A., traslado efectivo a partir del 01 de mayo de 1997, AFP, que también omitió injustificadamente su deber de información y asesoría, pues, no le dio a conocer las condiciones pensionales y características del RAIS, ni le explicó las implicaciones de permanecer en cada régimen, para que conociera los beneficios o desventajas de continuar afiliado al RAIS; advierte que, no se informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, durante el año de vigencia de la Ley 797 de 2003, aun cuando le faltaban más de 10 años para cumplir el requisito de edad en el Sistema Pensional.

Que, el 05 de febrero de 2020, solicitó su retorno a COLPENSIONES, petición que le fue negada mediante comunicación del 05 de febrero de 2020; que, con fecha de corte 14 de febrero de 2020 PROTECCION S.A., elaboró un estudio comparativo entre la mesada pensional que le correspondería en el RPM, contrastada con la que obtendría en el RAIS, concluyendo obtendría un mejor derecho pensional en COLPENSIONES (fls. 3-29).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVERNIR, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 07 Expediente Digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (Archivo 08 Expediente Digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, 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 la innominada o genérica (Archivo 09 Expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de febrero de 2022, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante, al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A. y por ende a PROTECCION S.A.; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de julio de 1994 hasta el 31 de marzo de 1997, con motivo de la afiliación del demandante, esto es, con los rendimientos causados, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, autorizando a esa Administradora, a descontar el dinero que transfirió a PROTECCIÓN S.A., con ocasión del traslado de fondo solicitado por el actor el 01 de abril de 1997; condenó a PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del señor GANEDEN CIFUENTES, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno por administración ni por cualquier otro concepto, junto con la indexación respectiva; declaró que el actor se encuentra afiliado al RPM, administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó revocar la decisión del a-quo, señalando que, no es posible declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado

del actor, con esa AFP, en la medida que, para esa época, si bien el Estatuto Financiero, le exigía que se le diera la información a los posibles afiliados, lo cierto es que, no existía la obligación de dejar constancias escritas, la única prueba de la información verbal brindada era el formulario de afiliación, cumpliendo esa Administradora, con dichos requisitos; que, el formulario de afiliación del actor, cuenta con plena validez, pues, fue firmado por el demandante, sin que en ningún momento fuera tachado de falso; que la carga de la prueba no puede ser trasladada en su totalidad a la AFP, sin que ésta pueda allegar pruebas documentales adicionales, porque, reitera, no era su deber documentar la asesoría verbal brindada al posible afiliado; que, se debe presumir la buena fe de PORVENIR S.A. y no sólo del demandante; que, en cuanto a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, también en el RPM, se hace una deducción del 3% para financiar gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivientes, sumas de dinero que no hacen parte de la pensión y son objeto de prescripción; que, según concepto de la Superintendencia Financiera, los únicos dineros que se deben retornar son los aportes y sus rendimientos, sin que haya lugar a descontar cualquier otro concepto, pues, son la retribución a la buena gestión y administración de los recursos del demandante, representada en los rendimientos obtenidos a su favor; además de generar un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES; que, la AFP PORVENIR S.A., mantuvo asegurado al actor, para los riesgos de invalidez y sobrevivientes.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso de apelación era parcial y sólo en contra de la orden dada por el a-quo, de devolver los valores correspondientes a los descuentos efectuados por gastos de administración y seguro previsional de la cuenta de ahorro individual del demandante, pues, los mismos se realizaron en cumplimiento de un deber legal, impuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que, esa Administradora, durante el tiempo en que el actor, estuvo afiliado, realizó un manejo adecuado de los recursos obrantes en su cuenta de ahorro individual, obteniendo unos rendimientos a su favor, y por tanto, los valores cobrados por administración, cumplieron con su objetivo para el cual fueron descontados; que, trasladar estos dineros a COLPENSIONES constituye un enriquecimiento sin causa a favor de esa misma Administradora y del demandante, pues, no están destinados a financiar la pensión del mismo, y de persistir la orden de su devolución esa AFP, deberá asumir esos recursos con cargo a su propio patrimonio, sin que se probara en el proceso ningún perjuicio por parte de ella o detrimento alguno causado a COLPENSIONES, la cual debería analizarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de ésta, aspecto que no fue materia del litigio, ni quedó demostrado en el proceso; que, los dineros destinados al seguro previsional, no hacen parte de la pensión y fueron pagados a unas aseguradoras, que son terceros de buena fe, que cubren la mesada pensional del demandante, en caso de un siniestro por invalidez o muerte, sin que pueda pedirse la

devolución de los mismos; que, si la consecuencia de la ineficacia es regresar las cosas a su estado anterior, incluso los rendimientos que debería devolver la AFP, no deberían corresponder a la totalidad de los causados durante toda la afiliación del actor, al RAIS, sino los que le hubiesen correspondido de haber permanecido en el RPM, evidenciándose, en todos los casos, que son más altos los del fondo privado.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumentó que, en el presente caso no se encuentra probado vicio del consentimiento o dolo, toda vez que el demandante, no tenía una expectativa legitima respecto al derecho pensional, al momento del traslado, comoquiera que, contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez; que, actualmente el actor, ya se encuentra inmerso en la prohibición fijada por la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad mínima para adquirir la pensión de vejez, ni es beneficiario del régimen de transición; que, en el presente casó no se demostró que el señor GANEDEN CIFUENTES recibió una información equivocada, errada o falaz, por parte de la AFP, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, esto es, 1994, las Administradoras privadas de pensiones, sólo tenían la obligación de brindar información verbal acerca de las condiciones del RAIS; que, no es razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado al RAIS, el hecho de que el valor de la mesada pensional ofrecida al actor, por PROTECCION, no cumpla con sus aspiraciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la AFP PORVENIR S.A., solicitó revocar en su integridad la sentencia proferida en Primera Instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del CC, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

El demandante, por su parte, pide confirmar la decisión de Primer Grado, teniendo en cuenta que su traslado al RAIS, no se ajustó a los parámetros de libertad informada, situación que trae como consecuencia la ineficacia en sentido estricto de dicha afiliación y traslado, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y por el precedente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, resaltando que los traslados que se realicen entre administradoras del régimen de ahorro individual no tienen la capacidad de sanear el acto, pues como se indicó en la SL1688 de 2019, la ineficacia *"a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos",* por lo que, el fallo de Primera Instancia se ajustó a los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables al caso en particular.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR, PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si procede la orden de devolución de los gastos administración y seguro previsional por parte de la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. o, si son susceptibles del fenómeno de la prescripción.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo

el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

> *"las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social,* ***entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso".*** (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

> "*En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado,* ***no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***
>
> ***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***
>
> *En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15*

> *años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia,* ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.****"* (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 11001310502820130062601, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

> *"Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida,* ***no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición."***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio especifico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a las Administradoras privadas de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología suficiente para no solo

archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., de fecha 27 de junio de 1994 (fl. 94 Archivo 01 y 97 Archivo 07); formulario de afiliación a Cesantías y Pensiones Colmena, suscrito el 18 de febrero de 1997 (fl. 95 Archivo 01 y 38 Archivo 08); petición de información radicada por la demandante, en PROTECCIÓN S.A., el 06 de febrero de 2020, con su respectiva respuesta (fls. 96-103 Archivo 01); reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES y la negativa a su retorno al RPM (fls. 104-109 Archivo 01 y 49-51 Archivo 09); historia laboral de PROTECCIÓN S.A. (fls. 110-126 Archivo 01 y 46-63 Archivo 08); relación de aportes efectuados a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 138-141 Archivo 01 y 103-106 Archivo 07); consulta SIAF (fl.85 Archivo 07 y 45 Archivo 08); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 99-102 Archivo 07); historia laboral consolidada de la actora, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 107-111 Archivo 07); detalle de aportes girados por la AFP PORVENIR S.A. a otra AFP (fls. 114-122 Archivo 07); reporte estado de cuenta Fondo de Pensiones Obligatorias del demandante en PROTECCION S.A. (fls. 66-98 Archivo 08); historia laboral válida para bono pensional (fls. 100-101 Archivo 08); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 53-54 Archivo 09).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, siempre ha trabajado en una firma de arquitectos, que él maneja; que, en 1994, se encontraba en su oficina, se presentó un señor y le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que el Gobierno, lo iba a terminar y que, le convenia cambiarse, le pasaron un formulario y se cambió, porque consideró que era oportuno trasladarse porque el ISS, se iba a terminar y podía perder el dinero que ya había aportado; que, la visita tuvo una duración de 10 o 15 minutos aproximadamente; que, no le explicaron nada acerca de cómo funcionaba el RAIS, de hecho hasta hace muy poco tiempo se enteró que era un régimen diferente, pues, creía que todo el sistema pensional funcionaba igual; que, respecto a los aportes que tenía, entendió que la nueva entidad los asumía, que, se *"estaban privatizando la institución a través de otras instituciones"*; que, no le hablaron del bono pensional, ni rendimientos, tampoco le explicaron la posibilidad de hacer aportes voluntarios, no recibió extractos de ninguna AFP; que, cuando cumplió 62 años, empezó a chequear sus documentos de pensión, comenzó a averiguar qué tenía que hacer para pensionarse; que su motivación para retornar al RPM, es que va a recibir una mesada pensional más alta que en PROTECCIÓN; que, posteriormente se trasladó de AFP, porque en la oficina, todo lo manejaban con COLMENA y ahí sí él tomó una decisión gerencial de trasladarse a la AFP de esa Entidad Financiera, porque pensaba que sería más conveniente tener integrados todos sus negocios, para tener más fuerza

comercial, pero tampoco tuvo asesoría, ni acompañamiento comercial, ni siquiera recuerda haber tenido una reunión con alguien de allá; indica que, el formulario de afiliación a COLMENA, se lo hicieron llegar, a través de algún trabajador de su empresa, lo diligenció verificando que los datos de su información personal fuera correcta y relacionó a sus hijos como beneficiarios, entendiendo que ellos recibirían la pensión en caso de que él falleciera.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando la AFP PORVENIR S.A., estaba obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor SAÚL GANEDEN CIFUENTES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara,

precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 27 de junio de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."*.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración y las sumas canceladas por seguro previsional, ninguna razón les asiste en su reproche a esas demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *"si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del*

régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019)."

Tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del CPTSS, pues, los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS, son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741…"*

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **SAÚL GANEDEN CIFUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS AGUSTOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220028O-01

SUMARIO ADELANTADO POR COIMAQ S.A.S CONTRA SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de marzo de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **COIMAQ S.A.S.** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

ANTECEDENTES

COIMAQ S.A.S., promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que SALUD TOTAL EPS-S S.A., reconozca y le reembolse la licencia de paternidad cancelada al trabajador Jorge Andrés Giraldo, por la suma de $323.323, junto con la correspondiente actualización monetaria.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 21 de abril de 2017, celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con Jorge Andrés Giraldo, el cual se prorrogó hasta el 22 de diciembre de 2017; que, posteriormente esa Compañía, celebró un nuevo contrato de trabajo, con el señor Giraldo, pero, a término indefinido, a partir del 09 de enero de 2018, reportando un total de 285 días, equivalentes a 40,7 semanas cotizadas a Salud, entre noviembre de 2017 y agosto de 2018, tiempo durante el cual transcurrió el periodo de gestación de su compañera.

Indicó que, en el mes de febrero de 2018, el trabajador, se trasladó de MEDIMAS EPS a SALUD TOTAL EPS, habiendo cumplido siempre con el pago de las respectivas cotizaciones al Sistema de Salud; que, el 06 de

agosto de 2018, nació la hija de Jorge Andrés Giraldo, por lo que, se le concedió la licencia de paternidad por 11 días, cancelando la suma de $323.323, por dicho concepto.

Que, en el mes de agosto de 2018, la Empresa, realizó el cobro a SALUD TOTAL EPS-S S.A., de la licencia de paternidad otorgada a su trabajador, la cual le fue negada el 23 de agosto de 2018, por no haber cotizado de manera ininterrumpida al Sistema de Salud, durante el periodo de gestación, afirmando sólo tener 26,6 semanas cotizadas, lo cual no es verdad, de ahí que, le asiste el derecho al pago de la prestación económica reclamada (fls. 1-6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, dio oportunamente contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, ya que, el trabajador afiliado, Jorge Andrés Giraldo, no cumple con el requisito atinente al pago de los periodos cotizados, pues, debió haber cotizado un periodo igual al tiempo de gestación de la madre de su hijo con anterioridad al reconocimiento de la licencia de paternidad, correspondiente a 40 pagos completos e ininterrumpidos, es decir, que cada periodo de cotización debió ser de 30 días de manera continua, condición que no se cumplió, por cuanto las cotizaciones se efectuaron de manera interrumpida, habiendo realizado aportes por 30 días, únicamente 26 semanas, tiempo inferior al de gestación, que es de 40 semanas, lo que deslegitima el derecho al pago de la prestación económica (fls. 53-55).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 25 de marzo de 2021, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a SALUD TOTAL EPS-S S.A., el pago, a favor de la demandante, de $323.323, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de su decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., interpuso recurso de apelación, reiterando los mismos argumentos expuestos en el escrito de contestación de demanda, esto es, que el trabajador Jorge Andrés Giraldo, no acreditó el pago de las cotizaciones completas e ininterrumpidas, durante el periodo de gestación de su hijo; advirtiendo que, con la decisión del a-quo, se desconocen las

normas de Seguridad Social y se puede incurrir en una destinación indebida de los recursos públicos de la salud.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si procede el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, en los términos en que fue ordenado por la Juez de Instancia o si por el contrario le asiste razón a la demandada, en cuanto a que el trabajador, de la actora, no cumple el requisito de pago de las cotizaciones en los términos establecidos por la ley.

DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD

La licencia de paternidad, es un desarrollo de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, que como señaló la Corte Constitucional, en sentencia C-273 de 2003, surge de la idea de que el padre debe involucrarse activamente en la crianza de los hijos, brindándoles protección, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

vida, aprovechando el menor, no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre.

Al respecto, dispone el parágrafo 2 del artículo 236 del CST, modificado por el 1 de la Ley 1822 de 2017, vigente para la época en que se presentaron los hechos de la presente acción, que:

> *"Artículo 236.*
>
> *(…)*
>
> *PARÁGRAFO 2o. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*
>
> *La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.*
>
> *El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.*
>
> *La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual* ***se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad****…"* (Negrilla fuera de texto)

Y respecto a la expresión *"semanas previas"* de cotización, para acceder a la licencia de paternidad, explicó la Corte Constitucional, en sentencia T-114 de 2019, lo siguiente:

> *"…desde la expedición de la Ley 755 de 2002 y hasta que se profirió la* ***Sentencia C-633 de 2009****, el padre del recién nacido que solicitara el pago de la licencia de paternidad debía cotizar durante las cien (100) semanas previas al nacimiento para acceder a dicha garantía laboral.*
>
> *Como se advirtió, la* ***Sentencia C-633 de 2009*** *declaró la inexequibilidad de dicho requisito, pues de acuerdo con su ratio es válido que el Legislador exija un periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante,* ***dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales****. Así mismo, la decisión indicó que no se podría exigir la cotización de un número mayor de semanas a las que se exigía para reconocer el pago de la licencia de maternidad, en la medida que era la situación fáctica más cercana al caso concreto.*
>
> *45. La Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002, de manera que estableció un nuevo criterio legislativo según el cual se debía cotizar durante las* ***"semanas previas"*** *al reconocimiento de la licencia de paternidad, sin especificar el número mínimo de dichas semanas. De esa manera, el Legislador evitó reproducir el contenido de la norma declarado inexequible por la Sentencia C-633 de 2009 y generó un nuevo contexto normativo sustancialmente distinto al establecido por la Ley 755 de 2002.*

46. Precisamente, a partir de dicho contexto normativo, algunas autoridades estatales entendieron que la disposición legal exigía la cotización mínima e ininterrumpida de dos (2) semanas al SGSSS para poder acceder al reconocimiento y pago de la respectiva licencia de paternidad. Dicha interpretación fue asumida específicamente por la Superintendencia de Salud, entidad de carácter técnico que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS.

En tal sentido, como lo manifestó la Superintendencia de Salud en su intervención en el presente proceso de tutela, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le son propias profirió múltiples pronunciamientos en los cuales sostuvo que se requería de la cotización mínima de ***dos (2) semanas*** *al SGSSS para acceder a la licencia de paternidad. De conformidad con la mencionada entidad:*

> *"(…) con la Ley 1468 de 2011, la cual modificó nuevamente el artículo 236 del C.S.T., y constituyó un cambio importante respecto a la licencia de paternidad, apartándose por completo de la regulación existente para la licencia de maternidad, señalando los requisitos, beneficiarios y responsables de pago (…) La Ley 1468 de 2011 no determinó de forma expresa el periodo mínimo que debe ser cotizado por parte del padre, por el contrario, establece el requisito de una forma abstracta y amplia al expresar "semanas previas". Por lo tanto, a partir del año 2011, se estableció como requisito para acceder a la licencia de paternidad la cotización mínima de las 2 semanas previas al parto, sin que puedan admitirse interpretaciones soportadas en pronunciamientos judiciales que no se encuentran vigentes, o en normas que regulan situaciones jurídicas diferentes".*

Ahora bien, se debe indicar que las afirmaciones antes presentadas, obedecían a un cálculo económico que pretendía el financiamiento de las licencias de paternidad sin desestabilizar el SGSSS bajo el principio del equilibrio financiero. Al respecto, la Superintendencia de Salud, indicó:

> *"En términos más puntuales, la financiación de la licencia de paternidad, tiene entre sus fuentes, las cotizaciones que realizan los afiliados, es decir, que el derecho a recibir el pago de la prestación económica, deriva de la participación del usuario como contribuyente. Lo que sustenta la lógica del equilibrio entre la cotización y la prestación económica recibida.*
>
> *En efecto, el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011 resulta congruente con los parámetros de equilibrio financiero por lo cual es absolutamente procedente el reconocimiento de una licencia de paternidad, que corresponde a 8 días hábiles, por la cotización de las 2 semanas previas. Interpretación que además procura la protección efectiva de los recién nacidos".*

Tal entendimiento estuvo vigente en la mencionada entidad hasta que se expidió el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016, el cual determinaba la necesidad de hacer cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación con el fin de reconocer el pago de la licencia de paternidad e impedía la realización de pagos proporcionales cuando se hubiera cotizado por un periodo inferior al de la gestación.

47. Con la expedición de la Ley 1822 de 2017, actualmente vigente y que derogó la Ley 1468 de 2011, el Legislador reiteró que se debía cotizar durante las "semanas previas" al reconocimiento de la licencia

remunerada de paternidad. Por lo tanto, la Superintendencia de Salud retomó el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

(…)

56. Para la Sala, la exigencia de la Nueva EPS de condicionar el pago de la licencia de paternidad a la correlación total entre el periodo de gestación y las cotizaciones viola el derecho del tutelante a la seguridad social y al mínimo vital…

(…)

71. Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que la interpretación de la norma que supone como requisito para acceder al derecho a la licencia de paternidad la cotización efectiva de por lo menos dos semanas al SGSSS es razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, en la medida que garantiza la protección del SGSSS y protege en una mayor medida los derechos fundamentales que la interpretación de la norma que sugiere la remisión a las reglas jurisprudenciales de la licencia de maternidad. Por lo tanto, en atención al principio constitucional de "in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio", la Sala determina que dicha interpretación de la norma debe prevalecer para resolver el caso concreto…"

Teniendo en cuenta lo anterior, claro es para la Sala, que, para el reconocimiento de la licencia de paternidad, es suficiente que el padre afiliado, haya cotizado por lo menos dos (2) semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con lo cual, no sólo se protege el equilibrio financiero de dicho Sistema, sino que también se garantiza la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y Seguridad Social de su beneficiario, así como los derechos del recién nacido al cuidado y amor de sus padres.

DEL CASO CONCRETO

No fue objeto de discusión en la alzada, que, el señor JORGE ANDRÉS GIRALDO, trabajó para la demandante COIMAQ S.A.S., del 21 de abril al 22 de diciembre de 2017, a través de contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y del 09 de enero de 2018 en adelante, mediante vínculo laboral a término indefinido (fls. 7-16); igualmente quedó demostrado que, durante el tiempo en que el mencionado trabajador laboró para la actora, está cumplió con el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral (fls. 17-29 y 80-81); que, el 06 de agosto de 2018, nació la hija del señor JORGE ANDRÉS GIRALDO (fls. 36-37); y que, COIMAQ S.A.S, le

canceló a su colaborador, la licencia de paternidad, por valor de $323.323 (fls. 32-33).

Pese a lo anterior, insiste la demandada, en su recurso, en que no le asiste el derecho a COIMAQ S.A.S., a reclamar el pago de la prestación económica cancelada a su trabajador, por concepto de licencia de paternidad, comoquiera que, el señor JORGE ANDRÉS GIRALDO, no cotizó de manera continua e ininterrumpida durante todo el periodo de gestación, de su compañera; argumento que no comparte esta Sala, pues, como ya se indicó para la fecha de nacimiento de la hija del trabajador, se encontraba vigente el parágrafo 2 del artículo 236 del CST, modificado por el 1 de la Ley 1822 de 2017, por lo tanto, acogiendo el criterio jurisprudencial ya citado, bastaba con que el afiliado acreditara sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al momento del reconocimiento de la licencia, esto es, entre el 23 de julio y el 06 de agosto de 2018, para ser beneficiario de la prestación económica deprecada, lo cual se cumplió a cabalidad en el presente caso, como se advierte en el reporte de la ADRES, visible a folios 80 y 81, como se indica a continuación:

Periodo de cotización	Días cotizados
Noviembre 2017	30
Diciembre 2017	30
Enero 2018	24
Febrero 2018	22
Marzo 2018	30
Abril 2018	30
Mayo 2018	30
Junio 2018	30
Julio 2018	30
Agosto 2018	30

Así las cosas, mal puede pretender la accionada, desconocer las cotizaciones efectuadas por el trabajador, solo porque durante los meses de enero y febrero de 2018, no realizó el pago en su totalidad de los respectivos aportes, circunstancias netamente administrativas y de carácter financiero que no pueden ser pretexto para obstaculizar y desconocer la naturaleza misma de la licencia de paternidad, de ayuda a la madre lactante y amparo al recién nacido, dejando el cuidado del menor de edad exclusivamente a la mujer, cuando se trata de una obligación propia de la pareja, que requiere de un ingreso económico mientras dedican su atención al menor durante sus primeros días de vida.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 25 de marzo de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por **COIMAQ S.A.S.** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502920210029901

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 03 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA MARÍA TORRES HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

ANA MARÍA TORRES HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, efectuada en el mes de diciembre de 1996 ante COLFONDOS S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara; en consecuencia, que se ordene a COLFONDOS S.A., retornar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; que, se ordene a COLPENSIONES, recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada, sin solución de continuidad; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social, desde el 02 de mayo de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1996, acumulando un total de 731.86 semanas cotizadas; que, en el mes de diciembre de 1996, cuando laboraba en la Corporación Universitaria Antonio Nariño, los asesores de COLFONDOS S.A., le aseguraron que el ISS, se acabaría perdiendo lo cotizado hasta ese momento, por lo que, debía trasladarse al nuevo régimen pensional, donde tendría mayores rendimientos y podría pensionarse en el momento que quisiera, sin que se le informara del derecho de retracto que le asistía.

Refirió que, para agosto de 2019, tenía cotizadas un total de 1.829 semanas; que, el 02 de julio de 2021, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo respuesta negativa de ambas Administradoras; que, COLFONDOS S.A., realizó una simulación del posible valor de su mesada pensional en el RAIS, arrojando un valor inferior al que le correspondería en COLPENSIONES (Archivo 01 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso 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 las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 07 expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo 10 expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de mayo de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen

pensional que hiciera la actora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 09 de diciembre de 1996, con fecha de efectividad 01 de febrero de 1997; declaró que, para todos los efectos legales, la afiliada, nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; ordenó a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concedió el término de 30 días hábiles, siguientes a la ejecutoria de la sentencia; ordenó a COLPNESIONES recibir de COLFONDOS S.A., las cotizaciones y rendimientos causados y actualizar la historia laboral de la actora. No impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para acceder al derecho pensional; que, existe una inconsistencia en los hechos de la demanda, donde se señala que los asesores de la AFP, le manifestaron a la actora, que el ISS, se iba a acabar y que recibiría una mejor pensión en el RAIS, sin embargo, al absolver interrogatorio de parte, indicó que nunca recibió ninguna información, limitándose a firmar el formulario que le entregó su empleador, la Universidad Antonio Nariño; que, el deber de información es de doble vía, mal puede el afiliado, dejar al azar su futuro pensional y después de más de 20 años decir que no se cumplieron sus expectativas; que, COLFONDOS S.A., no le ha negado a la actora, la pensión de vejez, razón por la cual no se le está vulnerando derecho alguno, simplemente la mesada pensional, no colma sus aspiraciones y sólo busca un ingreso que le permita obtener una mejor calidad de vida, pero el fin mismo de la pensión, de proveer un ingreso al cumplir la edad de retiro se encuentra garantizado; que, de mantenerse esta decisión, se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera, pues, genera una situación caótica e interfiere en la planeación y distribución de los recursos del Sistema General de Pensiones; que, COLPENSIONES, nunca le negó a la actora, la posibilidad de retornar al RPM, simplemente ella no hizo uso de ese derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, pues, las demandadas, no pudieron acreditar de manera alguna que ANA MARIA TORRES HERNÁNDEZ, hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia 4462 de 2019, ya que son ellas, las AFP, quienes tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, respecto al cambio de régimen

pensional, incumpliendo con el deber de informar y el deber del buen consejo

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; y, iii) si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la Seguridad Social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha

verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

> *"las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social,* ***entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso".*** (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

> "*En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado,* ***no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***
>
> ***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo***

precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.****"* (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 11001310502820130062 6-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

"Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, ***no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición."***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio especifico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde

a las Administradoras privadas de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, reporte de semanas cotizadas por la demandante a COLPENSIONES (fls. 97-100 Archivo 01); historia laboral COLFONDOS S.A., (fls. 101-118 Archivo 01); historia laboral para reclamación del bono pensional (fls. 120-123 Archivo 01); solicitud de nulidad de traslado al RAIS, presentada por la actora, ante COLFONDOS S.A. y su respuesta (fls. 124-132 Archivo 01); precálculo valor mesada pensional elaborado por COLFONDOS S.A. (fl. 133 Archivo 01); extracto fondo de pensiones obligatorias COLFONDOS S.A. (fls. 134-139 Archivo 01); reclamación administrativa presentada en COLPENSIONES y su contestación negativa (fls. 164-173 Archivo 01); expediente administrativo COLPENSIONES (Archivo 08); formulario solicitud de vinculación a COLFONDOS, diligenciado el 09 de diciembre de 1996 (fl. 92 Archivo 10); consulta SIAF (fls. 94-95 Archivo 10); estado de cuenta del afiliado (fls. 97-130 Archivo 10).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en 1996, estaba vinculada como docente en la Universidad Antonio Nariño, llegaron asesores de los Fondos privados de pensiones, les entregaron unos formularios para diligenciarlos, no tuvieron ningún tipo de asesoría, ni conocimiento del proceso de traslado, simplemente le dijeron que era para el tema de pensiones y la Oficina de Recursos Humanos, fue quien le entregó el documento; que, estaban todos los profesores, pero no tuvieron conversación alguna sobre el tema; que, en los últimos meses ha recibido en su correo electrónico los extractos de la AFP; que, con posterioridad a la firma del formulario ella no se acercó a COLFONDOS S.A., para averiguar nada de su situación pensional, sólo asistió a una sede de esa Administradora, antes de instaurar esta acción, para solicitar su historia laboral; dijo que, desconoce las condiciones para pensionarse en el RPM; que, no leyó el formulario de afiliación al RAIS, simplemente llenó los datos y firmó; que, nunca se acercó al ISS hoy COLPENSIONES, para averiguar por su futuro pensional; que, su motivación para retornar al RPM, es que obtendrá mejores beneficios y seguridad en el pago de su mesada pensional, por tener en cuenta todo su tiempo laborado, mientras que en el régimen privado no, lo que se ve reflejado en una mayor calidad de vida.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, estaba obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ANA MARÍA TORRES HERNÁNDEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, con la anuencia del empleador de la actora, omitió informarle las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante

en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 09 de diciembre de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que, la declaración de ineficacia del traslado de la señora TORRES HERNÁNDEZ al RAIS, desconozca los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANA MARÍA TORRES HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

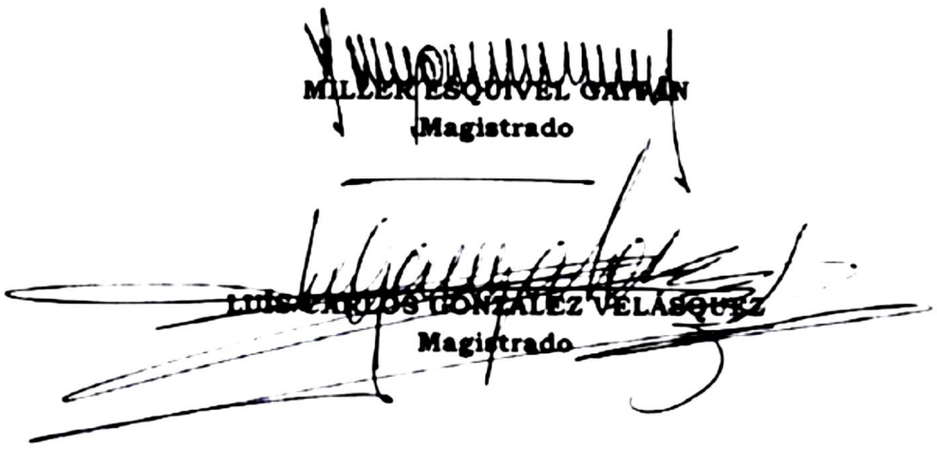
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo., a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
LUIS AGUSTOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520190030 3-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez IBL toda la vida laboral

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 08 de septiembre de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PEDRO ERNESTO BAYONA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

PEDRO ERNESTO BAYONA RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, conforme al IBL obtenido de las cotizaciones efectuadas durante toda su vida laboral, desde el momento en que se le reconoció el derecho a la pensión, es decir, 12 de agosto de 2013, por ser beneficiario del régimen de transición y haber cotizado más de 1.250 semanas; que, se condene a COLPENSIONES, al pago de los valores retroactivos que resulten a su favor por concepto de reliquidación, junto con el incremento del 14% por cónyuge a cargo, desde el 12 de agosto de 2013, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas, así como los gastos y costas del juicio.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que, COLPENSIONES, a través de la resolución GNR 76402 de 2014, el reconoció pensión de vejez, a partir del 12 de agosto de 2013, liquidada con el IBL de los últimos 10 años laborados, sin tener en cuenta que había cotizado más de 1.250 semanas, por lo que debió aplicársele el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral.

Además que, convive con su esposa ELOISA JORDAN DE BAYONA, desde hace más de 20 años, y que, ésta depende de él, sin que en el acto administrativo de reconocimiento del derecho pensional, se incluyeran los incrementos del 14% por cónyuge a cargo; que, presentó reclamación ante la Administradora accionada, sin que a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna a sus peticiones (fls. 3-7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio contestación oportuna mediante escrito visible de folios 32 a 37, se opuso a todas las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos, aclarando que, de liquidar la pensión de vejez del actor, con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, la mesada pensional sería inferior a la ya reconocida, con las cotizaciones de los últimos 10 años, por lo que, en aplicación del principio de favorabilidad, el derecho pensional ya otorgado, se encuentra ajustado a Derecho. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de septiembre de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante; declaró demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación; condenando en costas a la parte actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, las partes no se pronunciaron al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia la Sala, deberá determinar si procede la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral o si por el contrario resulta

más favorable el IBL de los últimos 10 años, como lo consideró el Juez de Primera Instancia.

DE LA CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Quedó demostrado en el proceso, que, COLPENSIONES, a través de la resolución GNR 76402 del 08 de marzo de 2014, le reconoció al señor PEDRO ERNESTO BAYONA RODRIGUEZ, la pensión de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado por éste, durante los últimos 10 años anteriores al cumpliendo de los requisitos para adquirir el derecho, obteniendo un IBL de $2.244.332 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 90%, arrojando una mesada pensional inicial de $2.019.899.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Pretende la parte demandante, que se le reliquide la pensión de vejez, con el promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral, que considera, es más favorable para incrementar el valor de su mesada pensional y no con las cotizaciones de los últimos 10 años, como lo calculó COLPENSIONES y lo concluyó el a-quo.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley, dependiendo si para la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el 01 de abril de 1994, al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y, para los casos en que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al afiliado le faltaren 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

En efecto, disponen en lo pertinente las normas en comento:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

(…)

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado

durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE."

A su vez el artículo 21, señala:

"*ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo". (Negrilla fuera de texto)

Frente al cálculo del IBL respecto de los beneficiarios del Régimen de Transición señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 febrero de 2015 con 53416:

"Y ello es así por la potísima razón de que el llamado IBL de las pensiones reguladas por el régimen de transición se rige por lo previsto en el mentado inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando al afiliado le faltaban 'menos' de 10 años para completar las exigencias del régimen pensional anterior al que aspira el interesado, pues, cuando le faltaban 'más' de esos 10 años, a falta de expresa regulación, el referido IBL se sigue por el artículo 21 de la misma normativa. ***Ahora, en ambos casos, se preferirá el de toda la vida laboral cuando éste fuere más 'favorable' al del tiempo que le faltaba al interesado cuando fuere ese tiempo menor de los dichos 10 años; o al de los 10 años, si el que le faltare fuere superior, pero siempre que en este último evento hubiese cotizado 1.250 semanas."*** (Negrilla fuera de texto)

En el caso concreto, comoquiera que, el demandante, cumplió 60 años de edad, el 12 de agosto de 2013, tal y como se acredita en la copia de su cédula de ciudadanía visible en el CD de folio 43 del expediente ,esto es, transcurridos más de diez (10) años de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), su ingreso base de liquidación debió establecerse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los últimos diez (10) años, o con el de toda su vida laboral si le resultaba más favorable, opción esta última que podía elegir al haber realizado más de 1.250 semanas de cotización, como en efecto ocurrió, ya que de acuerdo a los resúmenes de semanas de cotizaciones expedidos por COLPENSIONES, que reposan en el expediente (fls.19-26 y CD fl. 43), junto con las distintas resoluciones expedidas por la convocada a juicio, se pudo verificar que cotizó un total de 2.174,57 semanas, de ahí que, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor por parte de esta Sala, con la colaboración del Grupo de Liquidadores de la Rama Judicial, al calcular el IBL teniendo en cuenta los ingresos de toda la vía laboral, se obtiene la suma de $1.551.658,42, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90%, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, arrojó el valor para la primera mesada pensional equivalente a $1.396.492,58, suma inferior a la reconocida por COLPENSIONES, correspondiente a $2.019.899, teniendo en cuenta el IBL

promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, que a todas luces resulta más favorable para el demandante, que el pretendido a través de esta acción; razón por la cual se confirmará la sentencia apelada en este sentido.

SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS DEL 14% Y EL DERECHO A PERCIBIRLOS.

Señala el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que:

> *"ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:*
>
> *b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión".*

Al respecto, aun cuando la CSJ, Sala de Casación Laboral con sentencia del 27 de Julio de 2005, radicación 21517, ratificada entre otras con el radicado No. 29531 del 5 de Diciembre del 2007, señaló que los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aún después de la promulgación de la Ley 100 mantuvieron su vigor para los afiliados a quienes se les aplicaba el citado Acuerdo, bien por derecho propio o por transición, lo cierto es que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 expresamente contempló la aplicación del ordenamiento inmediatamente anterior, pero, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión –porcentaje-, siendo que en los demás aspectos las pensiones se regulan por las disposiciones de dicha Ley, análisis que precisamente realizó la Corte Constitucional, en su labor unificadora de jurisprudencia en la sentencia SU-140 de 2019, en reemplazo a la SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, cuyo criterio es acogido en su integridad por esta Sala, y que la llevó a concluir que en tratándose del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el mismo había sido objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir, por manera que los derechos de incremento que previó la citada norma dejaron de existir a partir del mentado 1 de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que en todo caso tales incrementos resultan incompatibles con lo dispuesto en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, debiendo siempre garantizarse la seguridad jurídica e igualdad, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, sin que por tanto pueda invocarse la aplicación del principio de favorabilidad al no existir conflicto entre dos o más normas vigentes o varias interpretaciones de una sola vigente.

Así las cosas, habida cuenta que el aquí demandante, no había cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1 de abril de 1994, es por lo que ha de declararse que respecto a la pensión de vejez a él reconocida en el año 2014, no se encuentra obligación alguna a cargo de la entidad pagadora, de otorgar el incremento por cónyuge a cargo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, no solo porque ya se encontraba derogada dicha prestación, sino porque de conformidad con lo manifestado por esa Alta Corporación *"las cargas referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución".*

De tal suerte, al no ser aplicable para el caso del actor, el Acuerdo 049 de 1990, tratándose de los incrementos solicitados, se deberá confirmar la sentencia de Primera Instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **PEDRO ERNESTO BAYONA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

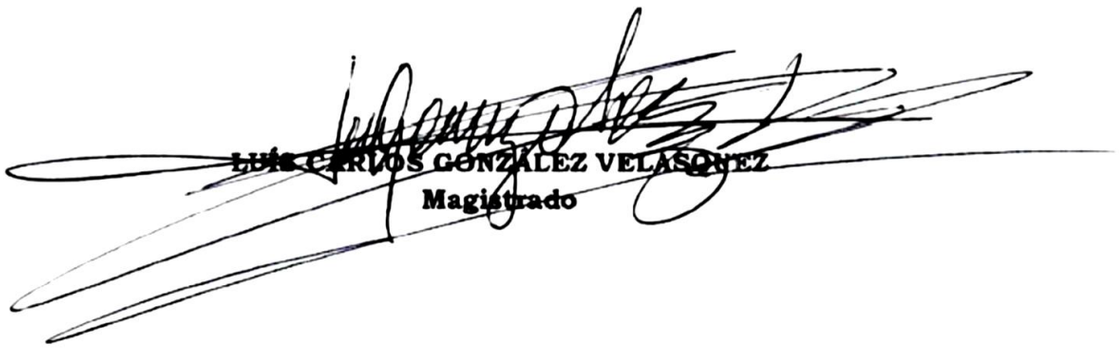
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503820190031O-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, por el Juzgado dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUIS ELIECER TORRES PEDRAZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LUIS ELIECER TORRES PEDRAZA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se ordene a esa Administradora, tener en cuenta una tasa de reemplazo del 84% sobre el IBL de $1.223.398 con el que calculó la pensión de vejez reconocida a su favor, mediante la resolución GNR052023 del 04 de abril de 2013, por tener un total de 1.193 semanas cotizadas, que incrementaría el valor de la primera mesada pensional a la suma de $1.027.654, a partir del 28 de marzo de 2013; que, se ordene a COLPENSIONES, pagar las diferencias causadas de las mesadas ordinarias y extraordinarias, debidamente indexadas, junto con los intereses moratorios sobre esas diferencias, a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia; debiendo tener en cuenta al momento de la reliquidación deprecada, el último salario devengado de $710.022, y que, para el cálculo del IBL debe contabilizar toda su historia laboral; que, se condene a COLPENSIONES a pagar costas judiciales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació

el 28 de marzo de 1953, por lo que cumplió 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2013; que, cotizó a COLPENSIONES, desde el 10 de marzo de 1980 al 31 de julio de 2008, para un total de 1.032 semanas cotizadas; que, el 01 de abril de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, derecho que le fue reconocido por COLPENSIONES, a través de la resolución GNR 052023 del 04 de abril de 2013, por cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, liquidada con el IBL de los últimos 10 años cotizados, por $1.223.398, al que le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, arrojando una primera mesada pensional de $917.549.

Refirió que, adelantó proceso ordinario laboral ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 2016-00576, en el cual, mediante sentencia del 13 de marzo de 2017, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 24 de mayo del mismo año, se ordenó incluir en su historia laboral, el periodo comprendido entre abril de 1997 y marzo de 2000, por lo que, al 22 de febrero de 2018, según reporte de cotizaciones expedido por COLPENSIONES, tiene 1.189,43 semanas.

Indicó que, el 22 de octubre de 2018, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el total de semanas cotizadas, a lo que accedió la accionada, quien mediante resolución SUB 319507 del 06 de diciembre de 2018, le contabilizó 1.193 y aplicó una tasa de reemplazo del 84%, pero liquidó la pensión de manera equivocada, sobre el valor de la mesada pensional que se encontraba recibiendo; razón por la cual interpuso recurso de apelación, sin obtener ninguna respuesta y sin que el último salario devengado, coincida con el IBC relacionado en su historia laboral (fls. 2-6 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 36 a 44 del expediente digital, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con la reliquidación de la pensión de vejez, señalando que, esa Administradora, por resolución SUB 319507 del 06 de diciembre de 2018, reajustó la pensión del demandante, incorporando las semanas cotizadas, no tenidas inicialmente en cuenta, aplicando una tasa de reemplazo del 84%, que aplicó al IBL que se obtuvo de la totalidad de semanas acreditadas a la fecha de liquidación. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a

reliquidar a favor del demandante, la pensión de vejez, a partir del 28 de marzo de 2013, determinándola con un IBL de $1.223.398 al cual se le debe aplicar la tasa de reemplazo del 84%, para establecer una primera mesada pensional de $1.027.654, junto con los reajustes legales anuales que correspondan; condenó a COLPENSIONES a pagarle al señor LUIS ELIECER TORREZ PEDRAZA, las diferencias de las mesadas pensionales que resulten entre el monto de la mesada pensional pagada efectivamente y la que debía sufragarse, a partir de octubre de 2015, debidamente indexadas; autorizó a COLPENSIONES a descontar de las diferencias pensionales, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud; declaró probada la excepción de prescripción, respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas a favor del demandante, con anterioridad al mes de octubre de 2015; condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, aplicó una tasa de reemplazo del 84%, teniendo en cuenta que el actor se encontraba en el rango de 1150 a 1199, para el momento en que se le reconoció su pensión de vejez; que, se tuvo en cuenta el IPC para efectos de la reliquidación realizada, como consta en el expediente administrativo del demandante; que, esa Administradora, reajustó de oficio en enero de cada año el valor de las mesadas pensionales, de conformidad con el salario mínimo decretado para la anualidad correspondiente o con base en la variación del IPC; que, COLPENSIONES, al liquidar las pensiones, toma el salario base de cotización, con el cual los empleadores, elaboran sus autoliquidaciones de aportes y no es su competencia, desde ningún punto de vista, sumar factores salariales, debido a que se presume que el empleador, ha tenido en cuenta todo lo que constituye salario; que, la liquidación de la pensión de vejez del demandante, se realizó conforme a las disposiciones legales aplicables y los valores que integraban el IBC.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia y, en consecuencia, absolver a esa Administradora, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues, tal como consta en la resolución SUB 319507 de 6 de diciembre de 2018, el IBL se liquidó dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, en ese orden de ideas, la Entidad actuó conforme a la Ley y la jurisprudencia, ya que, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes a fin de conceder la prestación, fueron tenidas en cuenta las 1.193 semanas cotizadas por el demandante, obteniendo la suma de $1.038.183, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 84%, resultando una mesada pensional mensual inferior a la que se encontraba percibiendo el actor, sin arrojar valores a su favor.

Por su parte el demandante, pide confirmar la decisión del a-quo, pues, sin mayor esfuerzo se entiende que al aumentar el total de semanas cotizadas, aumenta la tasa de reemplazo, lo que da lugar al derecho reclamado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del actor, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 84%.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE Y BENEFICIO DE TRANSICIÓN

No es materia de discusión que, al ser el demandante, beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, COLPENSIONES, mediante la resolución GNR 052023 del 04 de abril de 2013, le reconoció pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 28 de marzo de 2013, en cuantía de $917.549, teniendo en cuenta para el efecto un IBL equivalente a $1.223.398 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, por acreditar a esa fecha 1.032 semanas.

Igualmente, quedo demostrado en el plenario, que, mediante sentencia judicial, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral con radicación 2016-00576, se ordenó a COLPENSIONES, actualizar la historia laboral del actor, incluyendo el periodo comprendido entre abril de 1997 a marzo de 2000, alcanzando un total de 1.189,43 semanas, por lo que, la demandada, a través de la resolución SUB 319507 del 06 de diciembre de 2018, le reliquidó al demandante, la pensión de vejez, incrementando la tasa de reemplazo en un 84%, no obstante no modificó el valor de la mesada pensional, señalando que la *"actual asciende a la suma de $1.139.524.00, y con la presente reliquidación disminuiría a $1.083.048"* (fls 8-26 PDF y expediente administrativo Archivo 02 expediente digital).

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSION

Alega la demandada, en su recurso, que esa Administradora, ya reliquidó la pensión de vejez del actor, conforme a las disposiciones legales aplicables, teniendo en cuenta los valores que integraban el IBC y con una tasa de reemplazo del 84%, sin que arrojara una mesada pensional, superior a la que

venía percibiendo, por lo tanto, no resulta procedente el reajuste ordenado por el a-quo.

Al respecto, dispone el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que, *"…**La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez** de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley"* (Negrilla fuera de texto).

Siendo entonces el demandante, beneficiario del régimen de transición, previsto en la norma antes citada, como ya quedó establecido, el reconocimiento de la pensión de vejez se hizo por parte de la demandada, conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990; norma que, en cuanto al monto o tasa de reemplazo, establecía en su artículo 20, lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:*
>
> *(…)*
>
> *II. PENSION DE VEJEZ.*
>
> *a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*
> *b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario…"*

En el presente caso, la pensión de vejez le fue reconocida inicialmente al actor, tomando una tasa de reemplazo del 75% del IBL, pues, para el 04 de abril de 2013, fecha en que le fue otorgado el derecho pensional acreditaba 1.032 semanas cotizadas, entre el 10 de marzo de 1998 y el 31 de julio de 2008; no obstante, al habérsele ordenado a COLPENSIONES, mediante sentencia judicial, la inclusión del tiempo laborado por el demandante, para el empleador MECANIZADOS Y MOTORES S.A., del 10 de marzo de 1980 al 31 de julio de 2008, como ya se advirtió, mediante la resolución SUB 319507 del 06 de diciembre de 2018, la Administradora accionada, actualizó su historia laboral, contabilizando un total de 1.193, que de acuerdo a lo establecido en el numeral II del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, corresponde a una tasa de reemplazo del 84%, como efectivamente, se concluyó en dicho acto administrativo; sin

embargo, erró la demandada, al negar la reliquidación deprecada, con el argumento que, para esa fecha, el valor de la mesada reajustada sería inferior a la que se encontraba percibiendo el señor TORRES PEDRAZA, pues, no se buscaba la diferencia entre una y otra prestación al año 2018, sino con la primera mesada pensional reconocida al actor, en el año 2013.

Así las cosas, es evidente que sí se presentaba una diferencia entre el valor de la mesada pensional inicialmente reconocida al demandante, frente a la reajustada con el total de semanas cotizadas, resultando acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al haber ordenado su pago; sin que, contrario a lo expuesto por la recurrente, exista discusión alguna respecto a los factores salariales o el valor de las cotizaciones efectuadas por los distintos empleadores del demandante, que justificara su negativa en modificar la mesada pensional del demandante; menos aún que pueda considerarse reliquidada la primera mesada pensional, por el hecho de efectuar anualmente los reajustes legales.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandada. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

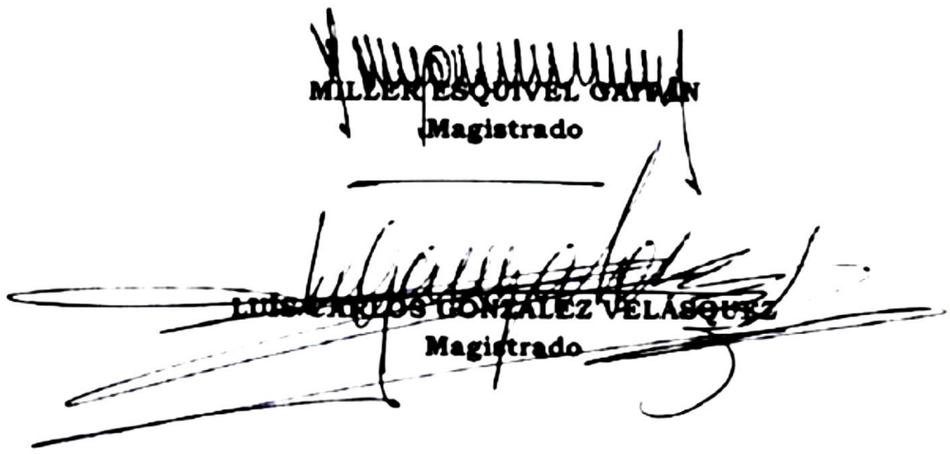
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **LUIS ELIECER TORRES PEDRAZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
LUIS AGUSTOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502920190032401

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 03 de junio de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **RAÚL HERNANDO MORENO ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

RAÚL HERNANDO MORENO ROJAS, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que tiene derecho a que COLPENSIONES, le corrija su historia laboral; y, en consecuencia, se reliquide y pague la mesada pensional aplicando una tasa de reemplazo del 90%, con inclusión del 14% por la dependencia económica de su cónyuge; sumas de dinero que deberán ser indexadas, reconociendo lo ultra y extra petita, así como las costas y gastos que origine el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 28 de febrero de 1948; que, mediante resolución 023926 de 2008, el ISS, le reconoció pensión de vejez, a partir del 28 de febrero de 2008; que, le solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento del incremento por personas a cargo, que se le negó mediante comunicación del 31 de agosto de 2016.

Refirió que, solicitó la corrección de su historia laboral, por presentar faltantes de los tiempos laborados y cotizados por la ARMADA NACIONAL, CIBA GEIBY COLOMBIANA S.A. y como independiente, entre el 24 de septiembre de 1966 y el 31 de julio de 1968, del 21 de abril de 1969 al 31 de septiembre de 1989 y

del 01 de enero al 28 de febrero de 1995; tiempo que, sumado a las demás semanas cotizadas, arrojaría un total de 1.257,86 semanas, teniendo en cuenta que las mesadas del primer empleador, Ministerio de Defensa, deben contabilizarse por el doble, pues, para esa época se encontraba vigente el Decreto 1288 de 1965, que así lo ordenaba; que, COLPENSIONES, mediante resolución DIR20205 del 19 de noviembre de 2018, le incluyó en su historia laboral el tiempo de servicios a la ARMADA NACIONAL, concluyendo que tenía 1.128 semanas, sin liquidarle las 129 restantes, con los que accedería a la reliquidación deprecada (fls. 45-62).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 72 a 77, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; a los hechos, dijo no constarle la mayoría de ellos, aclarando, respecto de los vacíos en la historia laboral del accionante, que, no se encontraron aportes ni cotizaciones a pensión a su favor. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, buena fe, las demás que se encuentren probadas y pueda declarar de oficio el Juez y prescripción.

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 03 de junio de 2020, la parte actora, desistió de la pretensión relacionada con el reconocimiento de los incrementos del 14% por cónyuge a cargo, así como de la prueba testimonial solicitada para probar la dependencia económica y convivencia, el cual fue aceptado en la misma fecha (CD fl. 91).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 03 de junio de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la pensión de vejez que le fue reconocida mediante la Resolución 023926 del 18 de mayo de 2008, en cuantía de $1.265.658, junto con el pago de las diferencias adeudadas a partir del mes de julio de 2015, hasta cuando se reliquide la pensión, teniendo en cuenta los incrementos legales a que haya lugar, así como las mesadas adicionales causadas por la reliquidación que prosperó y las diferencias resultantes entre la pensión de vejez inicialmente reconocida, debidamente indexadas desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta cuando se verifique su pago; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, el actor, no cumple con los requisitos

para acceder a la reliquidación de la pensión de vejez, pues, verificada la historia laboral, no alcanza la densidad de semanas suficientes para acceder a un aumento del valor de su mesada pensional, conforme al 75% que había sido previamente establecido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del actor, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 84%, superior a la inicialmente determinada por COLPENSIONES para el reconocimiento del derecho pensional del 75%.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE Y BENEFICIO DE TRANSICIÓN

No es materia de discusión que, al ser el demandante, beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Instituto de Seguro Social, mediante Resolución 023926 del 27 de mayo de 2008, le reconoció pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 28 de febrero de 2008, en cuantía de $1.130.052, teniendo en cuenta para el efecto un IBL equivalente a $1.506.736 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 75%. Lo anterior, comoquiera que, acreditó un total de 1.036 semanas cotizadas, circunstancias que igualmente se corroboran con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda y con la documental que milita a folio 3 del expediente y la que reposa en el expediente administrativo obrante en el CD de folio 71.

DE LA RELIQUIDACION DE LA PENSION

Alega la demandada, en su recurso, que el demandante, no cumple con los requisitos legales para acceder a la reliquidación deprecada, ya que, verificada la historia laboral, no alcanza la densidad de semanas suficientes para acceder al aumento de la tasa de reemplazo, en los términos en que fue ordenado por la a-quo.

Al respecto, dispone el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que, *"…**La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez** de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley"* (Negrilla fuera de texto).

Siendo entonces el demandante, beneficiario del régimen de transición, previsto en la norma antes citada, como ya quedó establecido, el reconocimiento de la pensión de vejez se hizo por parte de la demandada, conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990; norma que, en cuanto al monto o tasa de reemplazo, establecía en su artículo 20, lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:*
>
> *(…)*
>
> *II. PENSION DE VEJEZ.*
>
> *a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*
> *b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario…"*

En el presente caso, la pensión de vejez le fue reconocida inicialmente al actor, tomando una tasa de reemplazo del 75% del IBL, pues, para el 27 de mayo de 2008, fecha en que le fue otorgado el derecho pensional acreditaba 1.036 semanas cotizadas, entre el 07 de marzo de 1979 y el 28 de febrero de 1995; no obstante, mediante resolución SUB 254663 del 26 de septiembre de 2018, COLPENSIONES, actualizó la historia laboral, incluyendo el tiempo de servicios prestado al Ministerio de Defensa Nacional, del 24 de septiembre de 1966 al 30 de julio de 1968, así como las cotizaciones efectuadas por el empleador CIBA GEIGY COLMBIA S.A., del 24 de septiembre de 1966 al 7 de marzo de 1979 y la semanas de 01 al 31 de marzo de 1995, que cotizó el demandante, como trabajador independiente, lo que, arrojó un total de 1.128 semanas, pero no reliquidó el derecho pensional.

Revisado el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, así como la historia laboral obrante a folio 41 del expediente, encuentra la Sala, que, el número total de semanas cotizadas por el demandante, no fue de 1.167.72, como lo determinó la a-quo, sino de 1.142,41, así:

EMPLEADOR	TIEMPO	SEMANAS
MINISTERIO DE DEFESAN NACIONAL	24-09-1966 A 30-07-1968	95.28
CIBA GEIGY COLOMBIA S.A.	21-04-1969 A 31-12-1988	1.012,85
CIBA GEIGY COLOMBIA S.A.	01-03-1989 AL 01-09-1989	25.71
RAUL HERNANDO MORENO ROJAS	01-02-1995 A 31-03-1995	8,57
	TOTAL	1.142,41

Así las cosas, conforme a lo señalado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por 1.142,41 semanas cotizadas, correspondería una tasa de reemplazo del 81% y no del 84% como determinó la Juez de Primer Grado; que, aplicado a un IBL de $1.506.736, arroja una primera mesada pensional a favor del demandante, de $1.220.456,16; razón por la cual se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada, sólo en cuanto al valor de la primera mesada pensional del actor, que corresponde a $1.220.456,16 y no de $1.265.658, como allí se indicó; confirmando en todo lo demás la decisión objeto de alzada, pues, resulta evidente que ISS hoy COLPENSIONES, al momento de concederle la pensión de vejez al demandante, no tuvo en cuenta la totalidad del tiempo cotizado por éste, resultando acertada la decisión de la a-quo, en cuanto a la reliquidación del derecho pensional.

Sin costas en esta Instancia, al resultar parcialmente favorable para COLPENSIONES, el recurso interpuesto. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 03 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor del demandante **RAÚL HERNANDO MORENO ROJAS**, la pensión de vejez que le fue reconocida mediante la resolución 023926 del 28 de mayo de 2008, en cuantía de $1.220.456,16; de acuerdo a las razones expuestas en la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta Instancia. Se confirman las costas de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220033 1-01

SUMARIO ADELANTADO POR ALFONSINA MARÍA DOMÍNGUEZ GÓMEZ CONTRA DE COOMEVA EPS

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COOMEVA EPS, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 14 de enero de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **ALFONSINA MARÍA DOMÍNGUEZ GÓMEZ** contra **COOMEVA EPS**.

ANTECEDENTES

ALFONSINA MARÍA DOMÍNGUEZ GÓMEZ, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que COOMEVA EPS, apruebe y realice el reembolso de $3.955.719, por concepto de diferencia del valor cancelado por cirugía de retina, junto con los valores de medicamentos y procedimientos respectivos a la etapa de post operatorio.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud, como beneficiaria, vinculada a COOMEVA EPS, donde le fue diagnosticado, por el médico general, desprendimiento de retina con ruptura OD; que, acudió a la Fundación Oftalmológica del Caribe, para que le practicaran unos estudios específicos y allí le ordenaron un procedimiento de inmediato, por lo que tuvo que solicitar préstamos a terceros, para realizar el pago de manera particular de $7.590.768, por la cirugía denominada *identación escleral , vitrectomía posterior OD reparaciones de retina*, la cual le fue practicada el 15 de enero de 2019.

Indicó que, radicó ante la accionada la solicitud de reembolso o devolución de los dineros que canceló por la mencionada cirugía, y que, la accionada,

el 01 de marzo de 2019, le informó que sólo le cancelaría la suma de $3.635.049, teniendo en cuenta las tarifas vigentes conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1292 de 1994, sin especificar la norma exacta y valor que, según COOMEVA EPS, se había asignado al procedimiento que le fue practicado (fls. 1-4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **COOMEVA EPS**, dio contestación oportuna; se opuso a la pretensión del accionante, argumentando que, el reembolso solicitado fue aprobado y pagado, conforme a tarifas SOAT, vigentes a ese año; por lo que mal puede pretender nuevamente el pago de un valor superior al autorizado. Propuso las excepciones de carencia actual de objeto, reconocimiento de reembolso a tarifas vigentes, cobro de lo no debido y la genérica (CD fl.64).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 14 de enero de 2021, accedió a la pretensión formulada por la demandante, ordenando a COOMEVA EPS, reembolsarle la suma de $3.875.719, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de su decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación COOMEVA EPS, interpuso recurso de apelación, insistiendo en los mismos argumentos de su contestación, esto es, que no resulta procedente el reembolso deprecado, pues, el pago realizado a la demandante, por los servicios tomados particularmente, fueron reconocidos según tarifa SOAT, ya que, conforme al artículo 14 de la resolución 5261 de 1994 *"los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público"*, por tanto, no puede accederse al pago de la totalidad del valor pretendido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta procedente o no el reembolso reclamado por la actora, en los términos en que fue concedido por la a-quo.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6 de la Ley 1949 de 2019, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:*
>
> *1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato*

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

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

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

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

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

La Corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere el deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el***

> ***usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes requeridos para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

No se discute en el presente caso, que, la demandante, fue diagnosticada con un desprendimiento de retina del ojo derecho, con ruptura, junto con un glaucoma secundario en el mismo ojo; por lo que, ella asumió el pago de forma particular, de los procedimientos quirúrgicos y demás gastos médicos requeridos para mejorar su estado de salud visual, adelantando el posterior recobro a la EPS accionada, de los dineros cancelados por dichos conceptos; valores que, ordenó la Juez de Primer Grado, cancelar en su totalidad y, frente a lo cual, insiste la demandada, no es procedente, pues, ya cumplió con el reembolso de los gastos, liquidando y cancelando su valor conforme a las tarifas SOAT, para el año 2019.

Respecto al monto determinado por la a-quo, por los gastos en los que incurrió la parte actora, debe decirse que le asiste razón al recurrente cuando afirma que los valores que deben ser tenidos en cuenta para

calcular la condena impuesta deben corresponder a los previstos en las tarifas establecidas por el Ministerio de Salud para el sector público, por así establecerlo expresamente el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994; las cuales se encuentran discriminadas en el Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas SOAT, fijadas en el Decreto 2423 de 1996, el cual determina la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios y además fija las tarifas en salarios mínimos legales diarios vigentes para Laboratorio Clínico, exámenes, procedimientos de laboratorio.

De ahí que, seria del caso dar aplicación al Manual en mención, actualizado al año 2019, fecha del procedimiento practicado a la actora, en aras de determinar el valor del reembolso deprecado, de no ser porque, revisado el mismo no se encuentran incluidos, tal y como fueron relacionados en la historia clínica y factura de venta, los procedimientos *"IDENTACION ESCLERAL"* y *"VITRECTOMIA POSTERIOR"*, ni se demostró en el plenario, cuáles son los procedimientos análogos, dentro del citado Manual, que pudiesen tomarse en cuenta para calcular el valor del reembolso reclamado.

Adicionalmente, conforme a los artículos 21 y 24 del mismo Manual, los valores fijados en salarios mínimos legales diarios, para laboratorios y estudios, como el cuadro hemático y electrocardiograma Doppler color, entre otros, ordenados a la demandante, tienen asignados valores superiores a los reclamados por ésta, razón por la cual no existe justificación válida alguna, para que COOMEVA EPS, se niegue a realizar el reembolso de las sumas de dinero canceladas directamente por la señora ALFONSINA MARÍA DOMÍNGUEZ GÓMEZ, en su totalidad; máxime cuando, como lo advierte la a-quo, ésta se vio obligada a acudir a un Centro Oftalmológico particular, ante la falta de prestación efectiva, real y oportuna por parte de la demandada, por lo que, mal puede exonerarse del pago de los gastos en que incurrió su afiliada, por el incumplimiento con las obligaciones que le asisten como prestadora del servicio de salud.

Las anteriores consideraciones, conducen a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 14 de enero de 2021, dentro del proceso sumario laboral promovido por **ALFONSINA MARÍA DOMÍNGUEZ GÓMEZ** contra **COOMEVA EPS**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502420200033l-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERNANDO GÓMEZ SANDOVAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**

ANTECEDENTES

HERNANDO GÓMEZ SANDOVAL, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, efectuado por la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad 01 de octubre de 1995, ante la omisión del deber de información, con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos,

beneficios y desventajas; en consecuencia, que se ordene a la AFP PORVENIR S.A., restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos, directamente o a través de PROTECCION S.A., en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado; que, se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculado al RAIS, y, a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en dicho régimen; que, se condene al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas y gastos del proceso.

De manera subsidiaria solicitó que, se declare la ineficacia o inoperancia de los efectos del traslado al RAIS, inicialmente en cabeza de la AFP PORVENIR S.A. y posteriormente a través de PROTECCION S.A., al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado de su parte, al momento de la vinculación a esas Administradoras.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 24 de abril de 1980 y hasta el 25 de septiembre de 1995; que, por decisión unilateral de su empleador COMERCIALIZADORA MULTIMAQ LTDA, fue trasladado a la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad 01 de octubre de 1995, donde continuó realizando sus aportes a pensión; que, tiempo después, sin haber concertado ninguna decisión con él, fue nuevamente trasladado, pero a PROTECCION S.A., donde se encuentra afiliado hasta la fecha de presentación de la demanda.

Refirió que, al momento de su traslado inicial a la AFP PORVENIR S.A., no fue asesorado o informado por esa Administradora, de manera transparente, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, cierta, respecto a las diferencias entre los dos regímenes pensionales, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes del mismo; y, en general, las implicaciones que tendría esa decisión en sus derechos pensionales.

Indicó que, tampoco recibió asesoría en cuanto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo laborado y cotizado; menos aún se le indicó el capital que debía acumular en la cuenta de ahorro individual para adquirir una pensión y con qué monto; tampoco se le explicó que, no todo el aporte mensual iría a su cuenta individual, sino que parte de él, seria destinado al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes, además de financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir gastos de administración; ni que, tenía que negociar el bono pensional para anticipar su pensión o de la posibilidad que había para retractarse de su afiliación; ni cuál sería la forma en que se liquidaría la mesada pensional, teniendo en cuenta una expectativa de vida conjunta con sus beneficiarios.

Manifestó que, no le hicieron una proyección de su pensión en uno y otro régimen pensional, no se le informó la tasa de reemplazo, ni la negociación interna entre las Administradoras privadas de pensiones, para trasladar sus aportes a PROTECCION S.A. (Archivos 01 y 03 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR, COLPENSIONES y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 06 Expediente Digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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 la innominada o genérica (Archivo 07 Expediente digital).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (Archivo 08 Expediente Digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de febrero de 2022, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación que hizo el demandante al RAIS, a través de la AFP PORVENIR, el 28 de noviembre de 1995; declaró que, para todos los efectos legales, el señor HERNANDO GÓMEZ SANDOVAL, nunca se vinculó al RAIS, permaneciendo siempre en el RPM; ordenó a PROTECCION S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos causados, lo que significa trasladar lo que el demandante, tenga en su cuenta de ahorro individual, al momento en que se haga efectivo el traslado ordenado, junto con lo que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por el actor; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes a pensión por concepto de gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES, recibir al señor GÓMEZ SANDOVAL, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le deben trasladar la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas. No impuso condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó revocar el numeral cuarto de la sentencia apelada, relacionado con la devolución de los gastos de administración, pues, el precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, no se debe aplicar de manera objetiva, sino que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es que, al momento de realizar la asesoría al demandante, por parte de esa AFP, el único documento requerido para dejar constancia de la información brindada era el formulario de traslado, a través del cual el afiliado, expresó su voluntad y mal puede endilgársele a las Administradoras, la responsabilidad de presentar pruebas documentales adicionales; que, al momento de decretar la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar serían las que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos, sin embargo, se desconoce el trabajo realizado por PORVENIR S.A., para generar esos rendimientos en favor de su afiliado, labor que se compensa con el pago de los gastos de administración; además que, conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM, se destina un 3% de la cotización para cubrir gastos de administración, que no forman

parte los valores para la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso era parcial y sólo dirigido en contra de la orden dada por la a-quo, de trasladar a COLPENSIONES, las sumas de dinero correspondientes a los gastos de administración y seguro previsional, ya que, la consecuencia jurídica tras declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, es que las cosas vuelvan al estado inicial, figura jurídica que debe ser aplicada de manera uniforme y no parcializada, por lo que, existirían dos panoramas para dar solución al problema, el primero, sería considerar que la afiliación del actor, al RAIS, no existió, por ende, tampoco existirían los rendimientos, ni los gastos ocasionados por la administración de sus recursos, resultando procedente sólo trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones del demandante, integras, pero conservando la AFP, lo generado por concepto de rendimientos; el segundo panorama, consistiría en considerar que los rendimientos se causaron de la misma forma que en el RPM, y, en esa medida, uniformemente debería considerarse que los gastos de administración y seguro provisional, también se hubiesen cobrado por COLPENSIONES, dando lugar a trasladar lo correspondiente a capital, junto con los rendimientos, pero sin hacer condenas adicionales por los gastos de administración y seguro previsional, que, además son sumas de dinero que no están llamadas a solventar o hacer parte del capital con el cual se va a pagar una eventual pensión de vejez y por ello no se estaría causando detrimento alguno al demandante, ni a COLPENSIONES, todo lo contrario, ellos se estarían beneficiando ampliamente de la función fiduciaria y administrativa efectuada por PROTECCION S.A., durante el tiempo que el actor estuvo afiliado a esa AFP.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumentó que, sobre el vicio del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de alguno de ellos, consagrados en el artículo 1740 del CC, ya sea por error, fuerza o dolo; que, de existir un error, el mismo seria de derecho, que no repercute sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP demandadas; que, no puede recaer toda la responsabilidad en las Administradoras de pensiones, pues, el afiliado también estaba en la obligación de asesorarse, como lo establece el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010; que, no es viable que el demandante, teniendo la oportunidad de retractarse y pedir la anulación del acto jurídico de traslado, ahora pretenda la ineficacia del mismo, sólo porque no está conforme con el monto de la pensión que le correspondería en el RAIS, debiendo someterse a las condiciones del régimen por el que optó con la firma del formulario de traslado; que, existen actos de relacionamiento donde consta la voluntad del demandante, para permanecer en el RAIS, como los traslados horizontales realizados, saneando con ello cualquier vicio

del consentimiento; que, la decisión de la -quo, atenda contra el equilibrio presupuestal y financiero de COLPENSIONES y desconoce el principio de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al aumentar de manera considerable el pasivo pensional a cargo de la Entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la AFP PORVENIR S.A., solicitó revocar en su integridad la sentencia proferida en Primera Instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del CC, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

COLPENSIONES, pidió que, esta Sala, se abstenga de interponer condena en su contra, reiterando lo manifestado desde el escrito de contestación a la demanda, debiendo revocarse en su totalidad la sentencia proferida por la Juez de Primera Instancia, pues, no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que esa Administradora es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor, la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A, y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, independientemente de la decisión adoptada por la Juez, en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, COLPENSIONES, no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, ya que, nada tuvo que ver con la decisión tomada por el demandante, respecto a su traslado al RAIS; que, de mantener la orden de recibir al actor, en el RPM, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, y adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, debido al impacto en el PIB y en la reserva pensional, que día tras día se ha venido aumentando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos; que, en el eventual caso de que se llegare a probar que efectivamente el demandante, no contó con los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión libre y voluntaria y que por lo contario fue engañado por los asesores de la AFP y en consecuencia de ello su mesada pensional es menor, las Administradoras privadas de pensiones, son las llamadas a asumir dichas diferencias y no COLPENSIONES, pues no basta con el traslado de los rendimientos y el ahorro total de la cuenta del accionante, a esa Administradora, teniendo en cuenta que, las mesadas pensionales en el RPM no se financian únicamente con los aportes del afiliado, como pasa en el RAIS, sino que el Estado proporciona el valor necesario, es decir, subsidia el mayor porcentaje de la prestación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y iv) si procede o no la orden de devolución de los gastos de administración o son susceptibles de prescripción.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

> *"las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social,* ***entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso".*** (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

> "*En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado,* ***no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***
>
> ***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***
>
> *En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la perdida de la transición,*

> *al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia,* ***si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.****"* (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 11001310502820130062 6-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

> *"Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida,* ***no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición."***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio especifico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a las Administradoras privadas de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que

debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral del demandante en PROTECCION S.A. (fls. 18-26 Archivo 01, 67-87 Archivo 07 y 49-69 Archivo 08); respuesta COLPENSIONES reclamación administrativa (fls. 84-86 Archivo 01 y 123-125 Archivo 07); consulta SIAF (fls. 82-84 Archivo 06 y 25-26 Archivo 08); formulario solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 28 de noviembre de 1995 (fl. 85 Archivo 06); reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES (fls. 129-131 Archivo 07); formulario de solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones y/o Cesantías Santander, suscrito el 14 de diciembre de 2001 (fl. 24 Archivo 08); reporte estado de Cuenta fondo de Pensiones Obligatorias de PROTECCION S.A. (fls. 27-47 Archivo 08); resumen de historia laboral válida para bono pensional (fls. 70-75 Archivo 08).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para 1995, trabajaba en una empresa que se llamaba MULTIMAQ LTDA, el dueño y jefe, de nombre Pedro Ignacio Chávez, un día reunió a los trabajadores, les presentó un hermano y les dijo que estaba vendiendo afiliaciones a la AFP PORVENIR S.A., entonces, el hermano del jefe, les dijo que en el fondo privado, se podían pensionar más jóvenes, con una mejor pensión, que el Seguro Social, se iba a acabar y la AFP, le brindaba mejores garantías, pero, como él trabajaba en ventas y, tenía que salir a realizar su recorrido, la charla fue muy rápida, firmó un documento y ya; que, no recuerda si tuvo la oportunidad de hacer preguntas; que, no le explicaron que su dinero iría a una cuenta de ahorro individual, ni cómo funcionaba el RAIS, sólo se enteró de eso hace 2 años antes de presentar la demanda, cuando se acercó a PROTECCION S.A., para preguntar por su pensión y fue allí donde se enteró que nada de lo prometido era cierto, que ni siquiera trabajando toda la vida, podría pensionarse con el salario mínimo y tendría que ser subsidiado por el Gobierno, para cobrar una pensión mínima; que firmó el formulario de manera libre, pero confiado en la información que le dio el asesor, respecto a la posibilidad de pensionarse más joven y con un mayor valor que en el RPM; que, no le informaron la posibilidad de realizar aportes voluntarios, de lo cual sólo se enteró recientemente; que, en los primeros años sí recibió extractos de PORVENIR, los cuales no siempre leía, ni entendió su contenido; que, la empresa donde trabajaba se acabó, luego fue contratado en MUEBLEMAQUINAS LTDA, donde estuvo 20 años, y cuando entró, ellos directamente lo afiliaron a otro Fondo, que se quebró y resultó con PROTECCIÓN S.A., de lo cual se enteró un día que necesitó

retirar sus cesantías y preguntó en la Empresa, dónde podía retirarlas y le dijeron que en PROTECCION; que, a veces recibe extractos de PROTECCION; que, su deseo es regresar a COLPENSIONES, porque siempre ha cotizado por encima de 2 o 3 salarios mínimos mensuales legales y, hace más de 5 años, por tener un negocio familiar la UGPP, lo obligó a cotizar el doble, por su empleador y por ingresos adicionales, entonces estaba confiado que con esos aportes, recibiría una buena mesada pensional en el RAIS, pero ni siquiera le alcanza para el salario mínimo, mientras que en COLPENSIONES, si puede obtener un mejor derecho pensional; que, se enteró de la posibilidad de retornar a COLPENSIONES, pero ya tenía más de la edad para regresar.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando la AFP PORVENIR S.A., estaba obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor HERNANDO GÓMEZ SANDOVAL, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que

ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 28 de noviembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, a CESANTIAS Y PENSIONES SANTANDER, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."*.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón les asiste en su reproche a esas

demandadas, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *"si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019)."*

Tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del CPTSS, pues, los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el*

carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741…"

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **HERNANDO GÓMEZ SANDOVAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

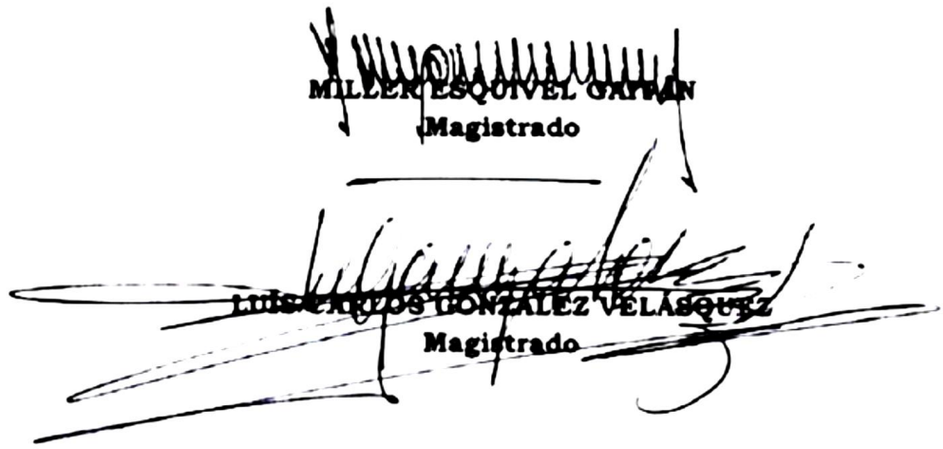
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo, a cargo de cada una de las recurrentes y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
LUIS AGUSTOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520190035701

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ROSA ELISA DUEÑAS DE ESCOBAR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

ROSA ELISA DUEÑAS DE ESCOBAR, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que, como beneficiaria del régimen de transición, procede la reliquidación de su pensión de jubilación de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y/o Acuerdo 049 de 1990; que, se declare que le asiste el derecho a la pensión de vejez, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990; que, se ordene a COLPENSIONES, a liquidar la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, sobre el valor real de su pensión; que, se declare que, COLPENSIONES, debe dar a conocer su historia laboral completa, para que con base a ella, se liquide el IBL, de forma concisa y correcta; que, se condene a COLPENSIONES, al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, mediante resolución No. 038261 del 24 de noviembre de 2004, el Seguro Social, le reconoció pensión de jubilación, conforme al Decreto 758 de 1990, con un IBL de $699.475, al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 90%, al haber cotizado un total de 1.255 semanas.

Indicó que, solicitó a COLPENSIONES, la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta que su IBL, debió ser de $1.161.667, tomando los aportes de toda su vida laboral y las cotizaciones efectuadas por las empresas ASOCIACION NACIONAL DE INDUSTRIALES y PREVENTIUM S.A., entre el periodo 1995 a 1998, donde devengaba 2.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época; que, la demandada, a través de la resolución GNR 309219 del 08 de octubre de 2015, realizó la reliquidación de su pensión, sin que incrementara el valor de la mesada pensional, argumentando que arrojaba el mismo valor de la actualmente percibida, decisión confirmada por la resolución VPB 78711 del 31 de diciembre de 2015, con la que se agotó la vía gubernativa (fls. 2-9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 67 a 74, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; a los hechos, dijo ser ciertos, aclarando que, esa Administradora, ya estudió las pretensiones de la parte actora, y efectuó la reliquidación de su pensión de vejez, obteniendo una mesada pensional más baja que la inicialmente reconocida, por lo que, en aplicación del principio de favorabilidad, no varió su valor. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, inexistencia de intereses moratorios y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en esta acción; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, al hacer un comparativo de la historia laboral, entre 1987 a 1997, la actora, cotizó con los IBC más altos de toda su vida laboral, que no fueron tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión, más aún cuando en el año 2004, se hace el reconocimiento del derecho pensional con un IBL de $700.000, que no corresponde a lo cotizado durante los últimos 10 años. Tampoco comparte la condena en costas, impuesta en su contra, por un salario mínimo legal mensual vigente, que considera no se corresponde con la naturaleza del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, las partes no se pronunciaron al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto negó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora o, si, por el contrario, ésta debe reajustarse con los salarios que dijo realmente haber devengado entre 1987 y 1997.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE Y BENEFICIO DE TRANSICIÓN

No es materia de discusión que, al ser la demandante, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Instituto de Seguro Social, mediante Resolución 038261 del 24 de noviembre de 2004, le reconoció pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 09 de julio de 2004, en cuantía de $699.475, teniendo en cuenta para el efecto un IBL equivalente a $777.194 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 90%. Lo anterior, comoquiera que, acreditó un total de 1.255 semanas cotizadas.

Igualmente, se encuentra demostrado que, COLPENSIONES, mediante la resolución GNR 309219 del 08 de octubre de 2015, reliquidó la pensión de vejez de la actora, variando su ingreso base de liquidación a la suma de $1.123.691 al que luego de aplicarle la tasa de reemplazo del 90%, arrojó una mesada pensional de $1.011.322, circunstancias que igualmente se corroboran con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda y con la documental que milita de folios 10 a 59 del expediente y la que reposa en el expediente administrativo obrante en el CD de folio 75.

DE LA RELIQUIDACION DE LA PENSION

Alega la demandante, en su recurso, que al momento de calcular el IBL, no fueron tenidos en cuenta los salarios realmente devengados por ella, entre los años 1987 a 1997, lo que necesariamente representaría un incremento en el valor de su mesada pensional.

Al respecto, dispone el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que, *"…La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.* ***Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley****"* (Negrilla fuera de texto).

Es así como, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se debe dar aplicación a lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, según los cuales:

> *"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de* ***los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado*** *durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
>
> *Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.*
>
> *(…)*
>
> *ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.*
>
> *(…)*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE…"* (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, claro es que el IBL se determina tomando en cuenta los salarios efectivamente cotizados por el afiliado; de ahí que, al comparar la liquidación efectuada por COLPENSIONES, y a través de la cual reajustó la pensión de vejez de la actora, mediante la resolución GNR 309219 del 08 de octubre de 2015, con la historia laboral tradicional que milita de folios 21 a 24, 42 a 44 y 53 a 59, junto con los formularios de autoliquidación de aportes de septiembre de 1982 a septiembre de 1983 y el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES, no encuentra la Sala, diferencia alguna entre los salarios reportados por los distintos empleadores de la demandante y los utilizados por la demandada, para determinar el IBL para el cálculo de su pensión.

Ahora, pese a que la parte actora, allegó al plenario certificación laboral y liquidación de prestaciones sociales, expedidas por la Asociación Nacional de Industriales – ANDI-, donde consta que prestó sus servicios para esa Entidad, entre el 15 de enero de 1988 y el 14 de marzo de 1997, devengando un sueldo mensual de $365.111 y un último salario promedio de $412.611 (fls. 19 y 20); lo cierto es que, una cosa es lo efectivamente percibido por el trabajador, como salario y otra, la base sobre la cual se han efectuado los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, sin que de esta documental se pueda extraer con total certeza los salarios reportados por la ANDI al entonces ISS, durante los años 1988 a 1997, de los cuales se pudiese extraer la posible diferencia alegada; y, en todo caso, de advertirse alguna inconsistencia en los salarios y aportes reportados ante el ISS hoy COLPENSIONES, los llamados a responder serían los distintos empleadores de la demandante, quienes no fueron vinculados a este proceso.

Finalmente, respecto a la inconformidad de la demandante, en cuanto a la condena en costas, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad la actora, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *"solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas"*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandante. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **ROSA ELISA DUEÑAS DE ESCOBAR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503920190042001

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **FULVIA INÉS PINTO PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

FULVIA INÉS PINTO PARDO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se condene a reliquidar la pensión de vejez del causante Jaime Bueno Alba, a partir del 01 de noviembre de 2015, bajo los parámetros y condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% de conformidad con el literal b) del numeral II del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, sobre el IBL de los últimos 10 años cotizados, debidamente actualizados de acuerdo a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; que, se condene a COLPENSIONES a sustituir la pensión de vejez a su favor, en calidad de cónyuge a partir del 06 de junio de 2017; que, se paguen las sumas adeudadas debidamente indexadas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el señor JAIME BUENO ALBA, cotizó al RPM, administrado por el ISS desde el 25 de abril de 1977 y hasta el 28 de febrero de 1996; que, el 01 de febrero de 2000, el causante, se trasladó al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y,

retornó al RPM, el 23 de diciembre de 2015, según comunicación de COLPENSIONES, BZ2015_10239686, mediante la cual aceptó su traslado nuevamente.

Indicó que, el 05 de agosto de 2015, el señor JAIME BUENO ALBA, radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, ante COLPENSIONES, siendo beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; pensión que le fue reconocida mediante resolución SUB 51346 del 03 de mayo de 2014, pero bajo los parámetros y condiciones del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en cuantía de $2.771.487 con una tasa de reemplazo del 77.73%.

Refirió que, JAIME BUENO ALBA, falleció el 06 de junio de 2017, razón por la cual solicitó la sustitución pensional, en su condición de compañera permanente, la cual le fue concedida a través de la resolución SUB 166548 del 18 de agosto de 2017, a partir del 06 de junio de 2017, en cuantía de $3.129.266.

Manifestó que, sumadas las semanas cotizadas por el fallecido, al Sistema General de Pensiones, tanto al sector público como privado, arrojaría un total de 1729 semanas, que lo harían beneficiario de la reliquidación deprecada, conforme a lo señalado en sentencia SU-769 de 2014; que, el 08 de noviembre de 2018, radicó ante COLPENSIONES, la reclamación administrativa, sin que, a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna (fls. 3-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 54 a 63, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; respecto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con el número de semanas cotizadas por el fallecido, aclarando que, para la liquidación de la pensión reconocida al causante, esa Administradora, tomó los valores que se demuestran verdaderamente sustentados, correspondientes a aportes que se realizaron en su debido momento y, respecto a las cotizaciones del sector público, se realizaron las correspondientes solicitudes al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE SALUD, HOSPITAL DE VIOTÁ, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, quienes a la contestación de la demanda, no habían confirmado la existencia de la relación laboral con el señor Jaime Bueno Alba. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la pensión reconocida a JAIME BUENO ALBA, mediante la resolución SUB 51346 del 03 de mayo de 2017, debía ser reliquidada en cuantía inicial de $3.395.035; declaró que la demandante, FULVIA INÉS PINTO PARDO, tenía derecho a la reliquidación de la sustitución de la pensión de vejez, reconocida a partir del 06 de julio de 2017, por resolución SUB 166548 del 18 de agosto de 2017; condenó a COLPENSIONES a pagar a FULVIA INÉS PINTO PARDO, el retroactivo de las diferencias pensionales, causado entre el 08 de noviembre de 2015, por prescripción parcial y, hasta la fecha en que se incluya en nómina la reliquidación pensional, tomando como diferencia para la primera mesada de noviembre de 2015, la suma de $623.548, lo cual arroja un retroactivo para el 30 de octubre de 2020, por $46.738.157; condenó a COLPENSIONES, a pagar a la demandante, la indexación de las diferencias pensionales causadas desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha en que se incluya en nómina; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás formuladas por la demandada; autorizó a COLPENSIONES a realizar los respectivos descuentos de salud por las diferencias reconocidas; y, condenó en costas a la demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitó que se revoque la sentencia proferida por la a-quo, en razón a que no es posible tener en cuenta los tiempos públicos cotizados por parte del causante, ya que, en el Acuerdo 049 de 1990, solamente se estipuló el reconocimiento pensional, tomando únicamente las semanas cotizadas ante el Instituto de Seguro Social, en razón que dicho Acuerdo, se elaboró teniendo en cuenta los Manuales y Reglamentos del ISS; citó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha manifestado la imposibilidad de sumar tiempos del sector públicos no cotizados al ISS, con las semanas efectivamente cotizadas a esa Administradora; que, en caso de no modificar la sentencia de Primera Instancia, solicita que se haga una revisión de las condenas impuestas, especialmente respecto al valor del retroactivo ordenado, por no estar ajustado a Derecho, reiterando que no es posible sumar los tiempos cotizados a distintas Cajas de Previsión, para el reconocimiento del derecho pensional del causante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, reiterando los mismos argumentos expuestos en el recurso de alzada. Por su parte, el demandante, pide que se acceda a confirmar la providencia acatada, en pro de sus derechos fundamentales constitucionales.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la a-quo, en cuanto le reconoció al causante la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, sumando tiempos públicos no cotizados al ISS con aportes efectivamente sufragados a esa entidad; y, si en consecuencia, procedía igualmente, la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, concedida a la demandante, en su condición de compañera permanente supérstite, del fallecido Jaime Bueno Alba.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN Y LA CALIDAD DE PENSIONADOS DEL CAUSANTE Y LA DEMANDANTE

No es materia de discusión que, el señor JAIME BUENO ALBA, nació el 28 de agosto de 1950, por lo que, al 01 de abril de 1994, contaba con 43 años de edad (fl. 14) y que, al 22 de julio de 2005, tenía más de 750 semanas cotizadas (fls. 32-43), que lo hacían beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Tampoco fue objeto de controversia, que COLPENSIONES, mediante la resolución SUB 51346 del 03 de mayo de 2017, le reconoció al señor BUENO ALBA, pensión de vejez, a partir del 01 de noviembre de 2015, en cuantía de $2.771.487 (fls. 23-27); que, JAIME BUENO ALBA, falleció el 06 de junio de 2017 (fl. 15), por lo que, COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 166548 del 18 de agosto de 2017, le reconoció a la demandante, pensión de sobrevivientes, en su condición de compañera supérstite del causante, a partir del 06 de junio de 2017, en cuantía de $2.129.266 (fls. 28-30).

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Alega la demandada, en su recurso, que, no es procedente la sumatoria del tiempo público y privado, para el reconocimiento a favor del causante de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues, dicha norma, sólo admite tomar los aportes efectuados al entonces Instituto de Seguro Social, para determinar el número mínimo de semanas cotizadas para acceder al derecho pensional.

Al respecto basta señalar que, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 01 de julio de 2020, con radicación 84243, determinó que la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de

1990, concedida al afiliado beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sí puede consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS y con los tiempos laborados a Entidades Públicas, pues:

> *"… el régimen de transición no es un mundo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, es una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.*
>
> *Lo anterior significa que para estas personas la forma de computar o establecer el número de semanas se rige por lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 y el parágrafo 1.º del artículo 33, disposiciones que, expresamente, consagran la suma de tiempos públicos, hayan sido o no objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.*
>
> *Por tanto, no hay razón alguna que justifique inaplicar las normas en cita para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior es el del Acuerdo 049 de 1990, pues, en estricto rigor, dichas personas están afiliadas del sistema general de pensiones, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 100 de 1993. Luego, les asiste el derecho a la portabilidad de las semanas efectivamente laboradas, independientemente de que su empleador público no las hubiera cotizado al ISS o a otra caja o entidad de previsión social.*
>
> *Con otras palabras: si los beneficiarios del régimen de transición son afiliados al sistema general de pensiones y están sometidos a su regulación -salvo los tres aspectos referidos-, ello apareja como consecuencia lógica el derecho a que las directrices y principios rectores de este sistema se les aplique, de manera axiológicamente coherente, de manera integral, tal como ocurre con la posibilidad que se contabilicen en su favor todas las semanas laboradas para el otorgamiento de las prestaciones.*
>
> *(…)*
>
> ***Rectificación jurisprudencial:***
>
> *De todo lo anterior, se concluye:*
>
> *(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.*
>
> *(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.*
>
> *(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.*

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. ***En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales****"* (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, no erró la Juez de Primera Instancia, al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez del fallecido JAIME BUENO ALBA, concediéndole el derecho pensional conforme a lo establecido por el artículo 12 del Acuerdo 049d e 1990, no sólo teniendo en cuenta lo cotizado por éste, ante COLPENSIONES, entre el 06 de agosto de 1980 al 31 de octubre de 2015, correspondiente a 865.71 semanas (fls. 40-43 y CD fl. 68), sino también el tiempo laborado para el HOSPITAL SAN FRANCISCO DE VIOTÁ, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, el HOSPITAL DE GUADUAS – CUNDINAMARCA, el MINISTERIO DE SALUD, la SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA y el MINISTERIO DE TRANSPORTE, que, descontados los periodos simultáneos, que no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de calcular la densidad de semanas requeridas para la causación de la pensión, como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 05 de junio de 2012 radicación 42299; asciende a 907,39 semanas, para un total de 1.773,1 semanas, que a la luz de lo establecido en el artículo 20 del mencionado Acuerdo, permite aplicar una tasa de reemplazo del 90% al IBL.

Así las cosas, teniendo en cuenta que lo secundario sigue la suerte de lo principal, al reajustarse el valor de la mesada pensional de vejez, otorgada al causante, era igualmente procedente la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la demandante, en su condición de compañera permanente supérstite del señor JAIME BUENO ALBA, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, sin que haya lugar a modificar el valor del retroactivo pensional liquidado en Primera Instancia, como solicitó la demandada, pues, no advierte la Sala, error aritmético alguno en su cálculo.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **FULVIA INÉS PINTO PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES y favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS AGUSTOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020210048601

SUMARIO ADELANTADO POR SANDRA MARGOTH CHAMORRO JARAMILLO CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. Y MEDIMAS EPS S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de febrero de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **SANDRA MARGOTH CHAMORRO JARAMILLO** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.**

ANTECEDENTES

SANDRA MARGOTH CHAMORRO JARAMILLO, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A., procedan al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, otorgada a ella entre el 09 de marzo y el 14 de julio de 2017, por valor de $1.974.377

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, le fue otorgada licencia de maternidad del 09 de marzo al 14 de julio de 2017, por lo que, radicó ante CAFESALUD EPS, mes a mes, los documentos requeridos para su liquidación, sin tener inconveniente en los desembolsos correspondientes a los meses de marzo y abril; que, para mayo y junio, recibió carta reporte de radicación, con fecha 08 de julio de 2017, para el pago de la prestación económica, autorizando el desembolso en 20 días hábiles, sin obtener pago alguno; que, para la liquidación del mes de julio, la EPS CAFESALUD, ya no tenía oficinas abiertas al público, entonces, recibió una comunicación telefónica de la Corporación IPS Sibundoy – Nariño, que luego fue MEDIMAS EPS, indicándole que se encargarían de radicar la licencia del mes de julio, con la nota aclaratoria de que aún no se había efectuado el pago de mayo y junio, pero sin la garantía de que el

proceso fuera exitoso, porque CAFESALUD, no había dado respuesta de recibido a los correos con las cuentas de cobro.

Refirió que, se dirigió a las oficinas de MEDIMAS EPS, en la ciudad de Pasto – Nariño, donde le dieron un número telefónico y una dirección en Bogotá, donde luego de varios intentos infructuosos, el 11 de octubre de 2017, pudo obtener información, correspondiente al pago de los meses mayo y junio, los cuales le dijeron que serían cancelados, pero el proceso iba a tardar, y que, en cuanto al pago de julio, se le iba a pagar solo si lo había enviado antes del 30 de septiembre, límite que desconocía, ante la falta de una oficina de atención al usuario; que, intentó agotar los recursos para hacer efectivo su derecho enviando la solicitud de pago a CAFESALUD, mediante correo certificado, la cual le fue devuelta argumentando el cambio de razón social de la Entidad (fls. 1-2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron oportunamente contestación a la demanda, en los siguientes términos:

MEDIMAS EPS S.A.S., se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando no constarle ninguno de los hechos, pues, el incumplimiento que motiva la acción, por el no pago de la licencia de maternidad reclamada, se causó en vigencia de CAFESALUD EPS, como asegurador de la demandante, razón por la cual, no está legalmente obligada a reconocer, ni pagar, ninguna obligación causada cuando no había iniciado sus operaciones, ni hace parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud. Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva (fls. 48-49).

CAFESALUD EPS S.A., alegó que, efectuó un pago a favor de la actora, por la suma de $1.387.399 correspondiente a la licencia de maternidad por los meses de marzo y abril de 2017; sin embargo, manifestó la imposibilidad de realizar el pago de la correspondiente a los periodos mayo, junio y julio de 2017, teniendo en cuenta que el Banco de Bogotá, tiene congelada la cuenta maestra de esa EPS, destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas, la cual fue embargada por orden judicial, por lo que, tales valores serán cancelados una vez se descongele la cuenta bancaria. Formuló las excepciones que denominó licencia de maternidad reconocida, liquidada y parcialmente pagada y la genérica (fls. 54-55).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 10 de febrero de 2020, absolvió a MEDIMAS EPS de las

pretensiones de la demanda, ordenando a CAFESALUD EPS S.A., el reembolso de la licencia de maternidad a favor de la actora, en la suma de $1.974.377, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada CAFESALUD ESP S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia y se absuelva de las pretensiones, pues, se realizó la respectiva auditoría y se logró evidenciar que la licencia de maternidad ordenada, se envió para pago a la cuenta del Banco Popular de la demandante, por valor de $1.387.399, allegando el respectivo soporte, razón por la cual considera que no hay lugar a proferir ninguna condena en su contra.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si CAFESALUD EPS S.A., cumplió o no

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

con el pago de la prestación económica por licencia de maternidad, reclamada por la parte actora.

DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

De otra parte, el pago de la licencia de maternidad se encuentra contemplada en el artículo 236 del CST y, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite para su reconocimiento y pago se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador, sobre la expedición de la licencia respectiva y será éste, quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS, a la que se encuentra afiliado su subordinado.

DEL CASO CONCRETO

No fue objeto de discusión en la alzada, el cumplimiento de los requisitos legales, para el reconocimiento y pago a favor de la demandante, de la licencia que, por maternidad, le fue otorgada del 09 de marzo al 14 de julio de 2017, limitándose la impugnación de CAFESALUD EPS S.A., a solicitar que se revoque la condena impuesta, por considerar que ya se cumplió con el pago de la misma.

Al respecto, advierte la Sala, que, aunque, CAFESALUD EPS S.A., allegó con el recurso de apelación extracto de la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá, correspondiente al mes de junio de 2017, junto con la relación de pagos por transferencia detallada por proveedor, donde se evidencia, un débito a favor de la actora, por $1.387.399, realizado el 27 de junio de 2017, lo cierto es que, tal valor, como esta misma EPS, lo indicó en su escrito de contestación, corresponde a la licencia de maternidad, por los meses de marzo y abril de 2017, sin que de manera alguna se haya demostrado dentro del plenario, ni antes, ni después de la sentencia de Primera Instancia, el pago de los periodos correspondientes a mayo, junio y julio de 2017, de la licencia de maternidad, adeudados a la demandante, y por los cuales interpuso esta acción.

Así las cosas, al no haber cumplido CAFESALUD EPS, con la carga probatoria que le correspondía, de acreditar el pago de la totalidad de la

licencia de maternidad otorgada a la señora SANDRA MARGOTH CHAMORRO JARAMILLO, resulta acertada la decisión del a-quo, que impuso su pago, lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas de esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 10 de febrero de 2020 dentro del proceso sumario laboral promovido por **SANDRA MARGOTH CHAMORRO JARAMILLO** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.S.**, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501820190058 2-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **EVELIA RODRÍGUEZ GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

EVELIA RODRÍGUEZ GARCÍA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez concedida por esa Administradora, no se ajusta a lo indicado en la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 1730 de 2011; y, en consecuencia, que se condene a COLPENSIONES, a reliquidar y pagar la indemnización sustitutiva, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 16 de febrero de 1962; que, se afilió a COLPENSIONES, el día 06 de agosto de 1986, cotizando un total de 693 semanas; que, el 25 de febrero de 2019, ante la imposibilidad de continuar cotizando, solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019, por la suma de $12.897.561, decisión contra la que interpuso los recursos de ley, y fue confirmada a través de las

resoluciones SUB 147416 del 11 de junio de 2019 y DPE 5284 del 28 de junio de 2019 (fls. 2-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible de folios 28 a 30, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el número de semanas cotizadas por la actora, que indicó no era de 693 sino 701.71. Aclaró que, esa Administradora, ya tuvo la oportunidad de realizar el estudio de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la demandante, concluyendo, a través de la Resolución SUB 147416 del 11 de junio de 2019, que no existía un reajuste a su favor. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 14 de octubre de 2020, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a pagar a favor de la demandante, la diferencia existente entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida mediante la resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019, con el cálculo efectuado por el Juzgado, la cual corresponde a la suma de $4.093.219; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones instauradas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, mediante la resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019, se surtió el debido reconocimiento de la indemnización sustitutiva y posteriormente, se profirieron los actos administrativos que resolvieron los recursos de ley, donde se estudió la pretendida reliquidación, concluyendo que frente a las diferencias causadas, el valor era cero, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 1730 de 2001; solicita verificar la reliquidación elaborada por el a-quo, en aras de no generar pagos indebidos; tampoco comparte la condena en costas impuesta a esa Administradora, advirtiendo que, en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, los recursos de esa Entidad, no se pueden destinar para fines distintos a la Seguridad Social, excediéndose la Administración de Justicia, con las condenas impuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, COLPENSIONES, solicitó revocar el fallo de Primera Instancia, reiterando los mismos argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Por su parte, el demandante, pide confirmar la decisión de Primer Grado, por encontrarse ajustada a Derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

DE LA RELIQUIDACION DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Alega la demandada, en su recurso, que mediante la resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019, esa Administradora, le reconoció a la demandante, la indemnización sustitutiva y, posteriormente, a través de los actos administrativos por medio de los cuales resolvió los recursos de ley, estudió la pretendida reliquidación, concluyendo que, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 1730 de 2001, no había diferencias a su favor.

Con el fin de resolver las suplicas de la pasiva, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que:

> "*Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado*"

A su vez, los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 1730 de 2001, reglamentario entre otros del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establecen:

> *"ARTICULO 1º-Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando…

(…)

ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

I = SBC x SC x PPC

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

ARTICULO 4º-Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando…"

Entonces, para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es necesario que *i)* el afiliado haya cumplido la edad establecida para acceder a la pensión de vejez; *ii)* no reunir la densidad de semanas mínimas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional y, *iii)* declarar la imposibilidad de seguir cotizando.

En el presente caso, no es objeto de discusión, que la demandante, nació el 16 de febrero de 1962, por lo que, cumplió 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2019, habiendo cotizado para esa misma fecha sólo 693 semanas, por lo que, COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019, confirmada por las resoluciones SUB 147416 del 11 de junio de 2019 y DEP 5284 del 28 de junio de 2019, le reconoció la indemnización sustitutiva

de la pensión de vejez, en cuantía única de $12.897.561 (fls. 9-20); la que insiste la demandada, se encuentra debidamente liquidada, sin que exista saldo a favor de la actora.

Así las cosas, revisada nuevamente la liquidación de dicha prestación, con ayuda del contador liquidador de este Tribunal, de conformidad con lo establecido por el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, en concordancia con el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, advierte la Sala, que, contrario a lo alegado por la demandada, la indemnización sustitutiva otorgada a la demandante, si debe ser reajustada, como lo determinó el Juez de Primera Instancia; sin embargo, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, esta asciende a la suma de $13.101.961 y no de $16.990.780, como lo determinó el a-quo; resultando una diferencia para la demandante, de $204.400.

Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a COLPENSIONES, a pagar a la señora EVELIA RODRÍGUEZ GARCÍA, la suma de $204.400 por concepto de diferencia entre el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez otorgada mediante la resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019 y la que realmente le correspondía.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que impuso el Juez de Primera Instancia a COLPENSIONES, considera la Sala, que, no hay lugar a absolver a esa demandada de las mismas, si se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, consagra su imposición a la parte que resulte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, en tal orden de ideas al haber sido desfavorable a sus intereses la providencia, no se equivocó el a-quo, al disponer la condena, sin que el argumento de que se trata de recursos de la seguridad social tenga acogida, en la medida que para tales pagos las entidades no hacen uso de dichos recursos sino de su patrimonio; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *"solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas"*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberá manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

Sin Costas en esta Instancia al haber prosperado parcialmente los argumentos de la demandada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero la sentencia proferida el 14 de octubre de 2020, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar a la señora **EVELIA RODRÍGUEZ GARCÍA**, la suma de DOSCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE ($204.400), por concepto de diferencia entre el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez otorgada mediante la resolución SUB 120430 del 16 de mayo de 2019 y la que realmente le correspondía, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO:CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020210144 5-01

SUMARIO ADELANTADO POR REINALDO LEÓN QUINTERO CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de octubre de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **REINALDO LEÓN QUINTERO** contra **CAFESALUD EPS S.A.**

ANTECEDENTES

REINALDO LEÓN QUINTERO, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que CAFESALUD EPS S.A., le pague la suma de $4.102.000, por concepto de atención quirúrgica de urgencias.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante independiente, a través de CAFESALUD EPS, como consecuencia de la absorción que ésta hiciera de SALUDCOOP EPS.

Indicó que, el 03 de octubre de 2016, acudió al servicio de urgencias de la Clínica de SALUDCOOP, ubicada en Conucos – Puerta del Sol – Bucaramanga, pues, presentaba un dolor agudo en el pecho, irradiado al abdomen, por más de 3 horas; que, la EPS, le brindó la atención respectiva, descartando un problema coronario, pero sin emitir diagnóstico sobre la posible patología, y le autorizó la salida.

Refirió que, nuevamente acudió al servicio de urgencias, los días 06 y 08 de octubre de 2016, por la crisis del dolor abdominal, donde le ordenaron una ecografía abdominal, a través de la cual le detectaron cálculos dentro

de la vesícula biliar, de aproximadamente 10.8 mm y 8.6 mm, le colocaron calmantes para el dolor y le entregaron orden para el especialista; que, el 09 de octubre de 2016, acudió por consulta externa, en la que se le autorizó, solicitar por teléfono cita con el cirujano, para valoración clínica; que, el 11 de octubre solicitó la cita y le fue informado que sólo podrían atenderlo hasta el 27 de octubre de 2016; entonces, desesperado por el persistente dolor y sin medicamentos que le controlaran su padecimiento, decidió acudir a consulta particular con el médico internista LUIS ERNESTO TÉLLEZ MOSQUERA, quien de manera inmediata le ordenó una ecografía hepatobiliar y dada la severidad y molestia ocasionada por su patología, recomendó cirugía inmediata.

Que, nuevamente regresó al servicio de urgencias los días 10 y 13 de octubre de 2016, pero no fue posible que se le practicara la ecografía hepatobiliar, ni que fuera valorado por el cirujano, pese a que al ingreso, se dejó la anotación respecto a que su urgencia era quirúrgica; que, cansado de que no se le diera la atención y pronta solución a su enfermedad, interpuso acción de tutela contra CAFESALUD EPS; sin embargo, ante los fuertes episodios de dolor, que incluso lo llevaron a perder el conocimiento, acudió a la CLÍNICA COMUNEROS, donde de manera inmediata fue valorado por el cirujano especialista en vías digestivas, que concluyó la necesidad de la intervención quirúrgica urgente, ya que, el cálculo de la vesícula biliar con colecistitis aguda, podía agravar su estado de salud; que, aceptó la intervención, que se le practicó por laparotomía y no a través de laparoscopia, como inicialmente se había planteado.

Manifestó que, el 25 de octubre de 2016, se profirió el fallo de la acción de tutela, que amparando su derecho fundamental a la salud, le ordenó a CAFESALUD EPS, que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, se le garantizara y materializara la cita con el cirujano especialista, así como el procedimiento idóneo y oportuno; que, 20 días después de la intervención quirúrgica, acudió a la EPS accionada, para solicitar el recobro de los gastos de médicos en que incurrió y, la persona de atención al público, le advirtió que posiblemente no se le haría ningún pago porque estaba fuera del término legal de 15 días y además, CAFESALUD EPS, no había autorizado previamente el procedimiento; que, sin importar las advertencias del personal de la Entidad, intentó en dos oportunidades radicar la documentación, pero siempre se negaron a recibirla argumentando que estaba incompleta (fls. 1-9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada CAFESALUD EPS S.A., dio contestación oportuna; se opuso a la pretensión del accionante, por resultar improcedente el reembolso deprecado, ante el incumplimiento de los

requisitos exigidos por la Resolución 5261 de 1994, pues, no se probó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de la EPS, en la prestación del servicio; quien, ha emitido todas y cada una de las autorizaciones de servicios a nombre del actor, para el tratamiento de su patología, ofreciendo además una red de servicios con altos estándares de calidad; tampoco se trata de una urgencia vital, ni la IPS, que lo atendió, solicitó autorización de la prestación de sus servicios; menos aún el solicitante probó incapacidad económica para asumir los gastos de los exámenes de manera particular, y, en todo caso, la factura presentada, no cumple los requisitos legales, pues, no es posible verificar que efectivamente haya sido cancelada, incumpliendo los requisitos especiales del artículo 774 del C.Co.

Además, advierte que, la Superintendencia Nacional de Salud, carece de competencia para resolver esta controversia, por ser un asunto de la Seguridad Social, que debe ventilarse ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral; y que, los recursos de la salud tienen una destinación específica, por lo que, no procede el reconocimiento y pago de procedimientos o incapacidades que no fueron oportunamente autorizados por la EPS. Pide, en consecuencia, que se desestimen las pretensiones del actor (fls. 42-46).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 23 de octubre de 2020, accedió a la pretensión formulada por el demandante, ordenando a CAFESALUD EPS en LIQUIDACION, liquidar, reconocer y pagar a su favor, la suma de $4.102.000, conforme a la factura de venta expedida por Los Comuneros Hospital Universitario de Bucaramanga, por los servicios prestados para atender su patología (fls. 56-65).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación CAFESALUD EPS S.A., interpuso recurso de apelación, insistiendo en los mismos argumentos de su contestación, esto es, que no resulta procedente el reembolso deprecado, pues, no cumple con los requisitos legales, ya que, el servicio prestado por la IPS ajena a su red prestadora, no fue una atención de urgencias, tampoco estuvo autorizado por la EPS, ni se probó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud; sumado a ello, indica la EPS, que, no tuvo la oportunidad de controvertir el informe técnico de la profesional de medicina de la Superintendencia de Salud, pues, siendo una prueba pericial, debió corrérsele traslado de ella; además que, la factura no cumple los requisitos

legales del artículo 774 del C.Co.; y que, debido al proceso de intervención forzosa administrativa del cual es objeto esa Entidad, debe ordenársele al actor, hacerse parte del proceso de liquidación, para que su crédito sea tenido en cuenta dentro del mismo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar (i) si procede el reembolso reclamado por el actor (ii) si la factura de los servicios cuyo pago pretende el demandante, es prueba idónea del pago reclamado; (iii) si debió corrérsele a la EPS demandada, traslado del informe técnico realizado por la profesional de medicina vinculada a la Superintendencia de Salud, y que fuera soporte de la decisión de Primer Grado; y, (iv) si debe ordenársele al accionante, hacerse parte en el proceso de liquidación de CAFESALUD EPS S.A.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el original artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, antes de ser modificado por el 6 de la Ley 1949 de 2019, vigente para la fecha de los hechos del presente asunto, consagraba:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;*

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

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

La Corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere el deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DE LA FACTURA DE VENTA

Respecto a la factura de venta y sus requisitos, los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario, establecen:

> *"ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA. Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:*

a. Estar denominada expresamente como factura de venta.

b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.

c. Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.

d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.

e. Fecha de su expedición.

f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.

g. Valor total de la operación.

h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.

i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.

j. <Literal INEXEQUIBLE>

Al momento de la expedición de la factura los requisitos de los literales a), b), d) y h), deberán estar previamente impresos a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar. Cuando el contribuyente utilice un sistema de facturación por computador o máquinas registradoras, con la impresión efectuada por tales medios se entienden cumplidos los requisitos de impresión previa. El sistema de facturación deberá numerar en forma consecutiva las facturas y se deberán proveer los medios necesarios para su verificación y auditoría.

PARAGRAFO. En el caso de las Empresas que venden tiquetes de transporte no será obligatorio entregar el original de la factura. Al efecto, será suficiente entregar copia de la misma.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 45 de la Ley 962 de 2005> Para el caso de facturación por máquinas registradoras será admisible la utilización de numeración diaria o periódica, siempre y cuando corresponda a un sistema consecutivo que permita individualizar y distinguir de manera inequívoca cada operación facturada, ya sea mediante prefijos numéricos, alfabéticos o alfanuméricos o mecanismos similares.

ARTICULO 618. OBLIGACIÓN DE EXIGIR FACTURA O DOCUMENTO EQUIVALENTE. A partir de la vigencia de la presente ley los adquirentes de bienes corporales muebles o servicios están obligados a exigir las facturas o documentos equivalentes que establezcan las normas legales, al igual que a exhibirlos cuando los funcionarios de la administración tributaria debidamente comisionados para el efecto así lo exijan."

DEL PROCESO DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LA LIQUIDACIÓN DE CAFESALUD EPS

El 5 de julio del 2017, CAFESALUD EPS S.A, presentó ante la Superintendencia Nacional de Salud solicitud de Reorganización Institucional, el cual fue aprobado mediante la Resolución No. 2426 del 2017 ordenando la cesión de los activos, pasivos, contratos asociados a la

prestación de servicios de salud y la habilitación del régimen contributivo y subsidiado a MEDIMAS EPS. El 30 de Octubre de 2018, la EPS solicitó la intervención forzosa administrativa para liquidar la entidad, toda vez que no tenía la posibilidad financiera y administrativa de continuar con su gestión, por lo que, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Resolución No. 007172 del 22 de Julio de 2019, ordenó la inmediata toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A; como consecuencia de la anterior decisión, el proceso de liquidación inició el día 5 de agosto de 2019.

El régimen jurídico aplicable a la liquidación de la entidad CAFESALUD EPS S.A. En Liquidación, es el dispuesto en la Resolución 007172 de 22 de Julio de 2019, adicionada por la Resolución 008028 del 20 de Agosto de 2019, expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con lo estipulado en los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006, el Decreto 2555 de 2010, y el Estatuto Orgánico Del Sistema Financiero (Decreto ley 663 de 1993).

En lo que interesa para resolver el presente asunto, el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Por su parte el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento para el cobro de sentencias contra la EPS, señalando que:

> *"…a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.*

> *En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad. Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;*
>
> *b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago…"*

Así las cosas, quien se considere con derecho a reclamar ante la EPS accionada, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito, el cual será considerado como pasivo cierto no reclamado; y en todo caso, quienes tenían procesos ordinarios admitidos y a pesar de haberlos notificado a CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, antes del 5 de agosto de 2019, no presentaran su reclamación, las futuras condenas, son incluidas en el pasivo cierto no reclamado; quedando a voluntad del acreedor, hacer o no efectivo su derecho dentro del proceso de liquidación.

DEL CASO EN CONCRETO

Insiste la demandada, en su recurso, en que en el presente caso no se cumplen los requisitos legales para proceder al reembolso de los gastos médicos que reclama el accionante, pues, no se trató de una atención de urgencias, el servicio prestado no fue autorizado por la EPS, ni se acreditó incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud por parte de esa Entidad.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, historia clínica de urgencias, de la CLÍNICA ESIMED - Bucaramanga, correspondiente a la atención brindada al demandante, los días 03, 08 y 13 de octubre de 2016, por dolor abdominal derecho (fls. 10-19); resultados de imágenes diagnósticas del 08 y 13 de octubre de 2016, donde se advierte la presencia de cálculos biliares, entre otros, recomendando valoración y seguimiento por cirugía (fls. 20-21); informe quirúrgico de Los Comuneros Hospital Universitario de Bucaramanga, de fecha 15 de octubre de 2016, donde consta el procedimiento practicado al demandante, denominado colecistectomía por laparotomía, por presentar un diagnóstico de *"cálculo*

de la vesícula biliar con colecistitis aguda", junto con resumen de estancia, incapacidad y plan de egreso del hospital (fls. 22-27); autorización de servicios No. 141584302 expedida por CAFESALUD EPS, el 09 de octubre de 2016, para *"cirugía general consulta"* (fl. 28); factura de venta No. H-70254 del 26 de octubre de 2016, emitida por Los Comuneros Hospital Universitario de Bucaramanga S.A., por la suma de $4.102.000, por lo servicios prestados al actor, el 15 de octubre de 2016, correspondientes a *"DERECHOS DE SALA, HONORARIOS MÉDICOS, INTERNACIÓN, LABORATORIO CLÍNICO, MEDICAMENTOS, PATOLOGÍA, SUMINISTROS Y/O MATERIAL DE CIRUGÍA"* (fl. 29); comunicación de CAFESALUD EPS, del 31 de marzo de 2017, mediante la cual niega el reembolso solicitado por el actor (fl. 47).

Igualmente, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, se debe ordenar el reconocimiento económico reclamado por el demandante, pues, éste *"acudió en seis (6) oportunidades al servicio de urgencias de la Clínica Esimed Bucaramanga de la red de CAFESALUD EPS, así: 3/10/2016, 6/10/2016, 8/10/2016, 9/10/2016, 11/10/2016, 13/10/2016, sin identificarse resolutividad en relación con el cuadro clínico de colecistitis aguda y de colelitiasis, detectado en consulta y confirmado mediante las ayudas diagnósticas realizadas, pese a existir una orden de tutela proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Bucaramanga, lo cual forzó al usuario a acudir al Hospital Universitario Los Comuneros de la ciudad de Bucaramanga, en donde realizaron el procedimiento quirúrgico y encontraron proceso inflamatorio vesicular severo a colon transverso, el cual fue confirmado por anatomía patológica (…) Así pues, es evidente la negligencia de la CLINICA ESIMED BUCARAMANGA de la red de CAFESALUD EPS, respecto a la atención brindada a Reinaldo León Quintero"*(fl. 54).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, si bien es cierto, en el presente caso no medió autorización de la EPS accionada, para la intervención quirúrgica requerida por el actor, si hubo reiteradas consultas por urgencias, en las que, pese a conocer el diagnóstico, gravedad y necesidad de cirugía, nada hizo la accionada, por dar solución a la enfermedad del demandante, pese a que éste requería con carácter prioritario, el procedimiento denominado *"COLECISTECTOMIA POR LAPAROTOMIA"*, determinante para mejorar su estado de salud y vida en condiciones dignas; sin que se advierta en el plenario, prueba alguna por parte de CAFESALUD EPS S.A., que demuestre la prestación efectiva, real y oportuna de los servicios médicos requeridos por el accionante, no sólo en la atención médica que le fue brindada a través del servicio de urgencias de la CLÍNICA ESIMED BUCARAMANGA, sino también con la programación de la cita médica con el especialista y la práctica de todos los procedimientos e imágenes diagnósticas necesarios para garantizar su

derecho a la salud; viéndose obligado a contratar los servicios de forma particular, ante la imposibilidad de continuar tolerando los fuertes dolores abdominales que lo aquejaban, y que incluso lo llevaron a perder la conciencia en alguna oportunidad.

En ese orden de ideas, es evidente que CAFESALUD EPS S.A., le negó al accionante, la atención requerida para definir aliviar de manera oportuna su diagnóstico de cálculos biliares con colecistitis aguda, colocando en riesgo su vida y salud; lo que impone confirmar la decisión de Primera Instancia, en ese sentido; aclarando a la accionada, que, el análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, no es una prueba, que requiera contradicción de las partes, sino que, se trata de un concepto soporte de la decisión del a-quo, quien cuenta con un grupo interdisciplinario de profesionales, a efectos de hacer una verificación técnica a cada caso; de ahí que, no se advierta ninguna irregularidad, frente a la ausencia de traslado a la parte accionada.

Ahora, en lo que respecta a la factura de venta, presentada por el accionante, como soporte de su pretensión, y que milita a folio 29, se tiene que, ésta cumple con los requisitos establecidos en los artículo 617 y 618 del Estatuto Tributario, ya que, en ella consta el número de factura de venta, fecha de expedición, descripción específica del artículo vendido, valor total del valor de cada servicio, así como también se puede apreciar que los mismos fueron suministrados al señor REINALDO LEÓN QUINTERO, por lo tanto, no es cierto como lo aduce el impugnante, que no cumple con los requisitos formales para su recobro; además, aspectos formales respecto a la facturación de los servicios prestados al actor, de forma particular, no pueden acarrear la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni mucho menos exonerar a la Entidad, ante el incumplimiento de las obligaciones que le asisten como prestadora del servicio de salud.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de CAFESALUD EPS S.A., para que, el actor, concurra al proceso de liquidación de la entidad, teniendo en cuenta las normas antes citadas, y, comoquiera que, es decisión del acreedor, presentarse o no al proceso de liquidación, mal podría esta Instancia, imponerle al demandante, dicha obligación, como lo pretende la demandada; además, la presente acción, se presentó el 28 de febrero de 2017, es decir, con anterioridad a la apertura de la liquidación de CAFESALUD EPS, en consecuencia, siendo conocedora la EPS, de la sentencia impugnada, puede tener en cuenta la obligación reconocida por el a-quo, como pasivo cierto no reclamado, sin imponerle a la parte actora, más cargas y desgaste administrativo.

Las anteriores consideraciones, conducen a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 23 de octubre de 2020 dentro del proceso sumario laboral promovido por **REINALDO LEÓN QUINTERO** contra **CAFESALUD EPS S.A.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC