



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 025-2018-00700-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
NESTLE DE COLOMBIA S.A.
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**
(DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 10 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y Tarjeta Profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, conforme poder allegado vía correo electrónico el 05 de octubre de 2022.

El apoderado de la demandada NESTLE DE COLOMBIA S.A. y la apoderada sustituta de la parte pasiva, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**, debidamente sustentada como aparece a folios 3 a 5 del expediente digital - Documento 01, con

el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos

Declarativas:

- 1) Que se declare y decrete que entre el señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO** y la sociedad demandada **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**, existió una relación laboral entre junio de 1987 y junio de 1992.

Condenatorias:

- 2) Que se condene a la sociedad **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**, al pago de los aportes a pensión a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**, por todo el tiempo laborado para esta empresa.
- 3) Que se decrete que el señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO** es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- 4) Que se decrete y condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la PENSIÓN DE VEJEZ a favor del señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO** desde el mismo momento en que cumplió los requisitos legales para acceder a ella, es decir, edad – 60 años y mínimo de semanas cotizadas – 1000, de conformidad con el decreto 758 de 1990 y la sentencia SU 769 de 2014, o en su defecto con la ley 71 de 1988.
- 5) Que se decrete y condene a reconocerle y pagarle los intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la ley 100 de 1993, desde el vencimiento del plazo legal que tenía la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** para conceder la prestación solicitada.
- 6) Que se condene en costa y agencias en derecho a las demandadas.
- 7) Todo lo que resulte probado Ultra y Extra petita.

Subsidiarias:

- 1) Que en caso de no prosperar la pretensión principal número 2, se condene a la entidad **NESTLE DE COLOMBIA S.A** a realizar y pagar el título pensional y/o cálculo actuarial del señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO**, por el tiempo laborado no cotizado a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**.
- 2) Que en caso de no prosperar la pretensión principal número 5, se ordene y condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** a que las sumas que le adeuda al señor **RIGOBERTO GIRALDO**

AGUDELO por concepto de pensión de vejez sean indexadas al momento efectivo del pago.

NESTLE DE COLOMBIA S.A., contestó la demanda, obrante a folios 189 a 199 del expediente digital – Documento 01, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, arguyendo, que, las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, por cuando entre las partes no existió un vínculo laboral. Propuso las excepciones de mérito, que denomino: inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción.

COLPENSIONES contestó la demanda, visible a folios 209 a 221 del expediente digital – Documento 01. Se opuso a las pretensiones del demandante manifestando que no es acreedor de la prestación pensional que reclama por cuanto no cumple con el requisito exigido en el Acto Legislativo 01 de 2005 y propuso las siguientes excepciones de mérito: falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales, inexistencia relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro pre jurídico y cálculo actuarial presuntivo, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 1° LABORAL TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 10 de mayo de 2022 (Documento 05 a 07), en el siguiente sentido:

“PRIMERO. ABSOLVER a NESTLE DE COLOMBIA SA y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra en el presente proceso por el demandante, señor RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. DECLARAR probadas las excepciones de Inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido propuestas por la demandada NESTLE DE COLOMBIA SA y el Despacho se declara relevado del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva en sus contestaciones.

TERCERO: COSTAS Lo serán a cargo de la parte actora. Tásense como agencias en derecho conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma \$100.000.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y por ser totalmente desfavorable a la parte actora, remítase ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la parte demandante, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de consulta* a favor de ésta con fundamento en las siguientes:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y la sociedad **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**, del mes de junio de 1987 al mes de junio de 1992, y en caso afirmativo, verificar la totalidad de las cotizaciones bajo dicho empleador, o subsidiaria a esta, el pago del cálculo actuarial. **2.** La procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO** bajo el régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incluyendo el tiempo prestado al servicio público y privado. **3.** Retroactivo Pensional. **4.** Intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiaria a esta, indexación de las sumas adeudadas y **5.** Costas procesales.

De la existencia de la relación laboral entre Rigoberto Giraldo Agudelo y Nestlé de Colombia S.A.:

Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real “ en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal “ o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO**, alega que prestó sus servicios para la demandada **NESTLE DE COLOMBIA S.A.** mediante un contrato de trabajo verbal desde el mes de junio de 1987 hasta el mes de junio de 1992 en el cargo de oficios varios. El demandado por su parte niega que haya existido una relación laboral como lo indica la parte actora, pues afirma que este

pudo haber prestado sus servicios independientes en favor de algunos transportistas, pero no para la empresa.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la demandante allegó al plenario las siguientes pruebas:

Hace constar expedido por **NESTLE DE COLOMBIA S.A.** del 25 de junio de 1992, en el cual se indica: “Que el señor RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO, con cédula de ciudadanía número 14.873.608 de Buga, ha laborado con nosotros como Contratista independiente en el lavado de los carrotanques y tanques de almacenamiento de leche, desde hace aproximadamente (5) cinco años.” (Pág. 63 – Documento 01).

Interrogatorio de parte del señor RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO, rendido en diligencia celebrada el 7 de marzo de 2022 (Archivo 04), manifestó que para el período de 1987 a 1992 trabajo para la demandada y de manera simultánea para VIGILANCIA ATLAS LTDA y PREVEER LTDA, como conductor de ambulancia, en turnos de 12 horas, que en ocasiones realizaba doble turno para cubrir día y noche, y para el MUNICIPIO DE ANDALCIA en jornadas de 8 horas realizando oficios varios.

El deponente Mario Daza Arias (testigo decretado a favor de la parte demandante), quien laboró para la demandada **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**, desde 1982 hasta el año 2016; señaló que conoce al demandante desde temprana edad; frente a la labor desempeñada por el actor para la demandada, afirmó, que lavaba carro tanques en el parqueadero que tenía dispuesto Nestlé para ello en la misma plaza, sin embargo, desconoce el tiempo por el cual lo hizo, la remuneración percibida y el horario en que prestaba el servicio, ya que, manifiesta que el actor no trabajaba directamente para la empresa.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisarse en primer lugar que si bien la Sala comparte la decisión de primera instancia, por cuanto está acreditada la prestación personal del servicio por parte del señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO** para **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**, se advierte que la parte actora no logró demostrar los extremos de la misma y la remuneración percibida, por lo que consecuentemente, tampoco puede presumirse la subordinación jurídica del contrato de trabajo, pues el testigo practicado en el presente asunto, aunque afirmó que lo vio trabajar como lavador de carrotanques en el parqueadero de la empresa, también preciso no tenía conocimiento desde y hasta cuando trabajó allí, incluso señaló que el demandante no tenía contrato de trabajo con **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre junio de 1987 a junio de 1992, lapso por el cual se incoó la presente demanda, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

Bajo los anteriores derroteros, resulta evidente, que tanto las pretensiones principales como subsidiarias de la demanda presentadas en contra de **NESTLE DE COLOMBIA S.A.** no tienen vocación de prosperidad, luego se dispone, **CONFIRMAR** la sentencia proferida por Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 10 de mayo de 2022, en tal sentido.

Análisis del reconocimiento del derecho prestacional al demandante:

El Art. 36 de la Ley 100 de 1993 establece que para acceder al régimen de transición (evento en el cual podría pensionarse con la normatividad anterior), el afiliado deberá acreditar al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

Una vez verificado los documentos allegados con la demanda se acredita que el actor contaba con **41** años de edad, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es el -1° de abril de 1994-, situación que se colige con la fecha de nacimiento que data del 29 de julio de 1952, la cual se desprende de la copia del registro civil de nacimiento y de cedula de ciudadanía visible a folio 59 a 60 y 61 (Documento 01), cumpliendo de esta manera con uno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la normatividad en comento, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, a pesar de que el demandante satisface el requisito de la edad, ha de detenerse igualmente en lo señalado por el acto legislativo N° 01 del año 2005, en donde su parágrafo 4° establece que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes tengan cotizadas 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario establecer cuál era la densidad de semanas cotizadas por el actor al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del referido acto legislativo.

Ahora bien, afirma la parte actora, que Colpensiones, a efectos de verificar las semanas cotizadas por el actor, no ha tenido en cuenta los tiempos laborados para el EJERCITO NACIONAL, para el MUNICIPIO DE ANDALUCIA y para NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. (Hecho duodécimo de la demanda – Pág. 9 del documento 01).

Al respecto, se procederá a verificar lo concerniente a los lapsos laborados para el EJERCITO NACIONAL y el MUNICIPIO DE ANDALUCIA, como quiera que esta Sala confirmo la decisión referente a la no declaratoria de la relación laboral invocada en contra de la empresa **NESTLE DE COLOMBIA S.A.**

Frente al tema, ha de traerse a colación la sentencia SL3571 con radicación No. 65681 del 3 de septiembre de 2019, en la que nuestro máximo Tribunal adoctrinó que para acreditar las 750 semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005 pueden sumarse las cotizadas tanto en el **sector privado**, como en el **sector público**.

Así pues, conforme los formatos No. 1 allegados al plenario, tenemos que el actor laboró para las siguientes entidades al 25 de julio de 2005:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	SEMANAS	SEMANAS
EJERCITO NACIONAL (Pág. 85 a 95 – Doc01)	16/08/1973	30/07/1975	101	101
MUNICIPIO DE ANDALUCIA (Pág. 97 a 102 – Doc01)	31/05/1990	17/06/1990	8.57	43.84
	12/11/1990	15/12/1990	4.71	
	17/12/1990	27/04/1991	18.71	
	22/07/1991	13/10/1991	11.85	
TOTAL				<u>144,84</u>

Adicionalmente, se evidencia que el señor **RIGOBERTO GIRALDO AGUDELO**, según el resumen de semanas cotizadas por el empleador obrante a folios 65 a 75 del expediente, cuenta con **882,43 semanas** cotizadas de forma interrumpida entre los periodos del 26/01/1976 al 31/10/2014, evidenciándose que al veinticinco (25) de julio del 2005, contaba con un total de **517,38 semanas** cotizadas, **concluyendo entonces, que el demandante acredita un total de 662,22 semanas cotizadas**, (Incluido el tiempo de servicio público y las semanas cotizadas al ISS), por lo que *no conservaría el régimen de transición*, por tanto no es beneficiario del mismo.

Bajo las anteriores consideraciones, resulta evidente, que de igual forma las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda presentadas en contra de la demandada **COLPENSIONES** tampoco tienen vocación de prosperidad, luego se dispone **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 026-2021-00093-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ANA GLADYS OLIVEROS DE CETINA
DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN S.A.
SEGUROS BOLÍVAR S.A.
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada AFP PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la parte demandada AFP PROTECCIÓN S.A. presentó por escrito las alegaciones, conforme a lo ordenado en auto del 3 de marzo 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ANA GLADYS OLIVEROS DE CETINA** instauró demanda ordinaria laboral en contra de **AFP PROTECCIÓN S.A.**, como aparece de folios 60 a 65 del archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES CONDENATORIAS

PRIMERO: Que se condene a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, representada legalmente por el Doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO, o por quien haga sus veces, a

reconocer y pagar pensión de invalidez a **OLIVEROS DE CETINA ANA GLADYS**, a partir del 22 de abril de 2019, fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral.

SEGUNDO: Que se condene a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, representada legalmente por el Doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor **OLIVEROS DE CETINA ANA GLADYS**, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

TERCERO: Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a mi poderdante, todo derecho pensional o prestacional que llegare a probarse en el decurso del proceso, conforme a las facultades ultra y extrapetita que le asiste al juez de instancia.

CUARTO: Que se condene en costas y agencias en derecho que se generen por el presente proceso a la entidad de mandada.

CONTESTACIÓN DEMANDA

AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que la demandante no cumplió con los requisitos necesarios para acceder a la prestación de invalidez, como quiera que no asistió a la cita que le agendó su representada, tendiente a verificar el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a la pensión, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011, se dio un desistimiento de la solicitud, resultando, entonces, que su reclamación a través de la presente acción es anticipada. Así mismo propuso las excepciones de prescripción, cobro de no lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la genérica o innominada (Documento 07 del expediente digital).

El Juzgado de origen mediante auto del 7 de octubre de 2021, admitió el escrito de contestación presentado por la **AFP PROTECCIÓN** y aceptó el llamamiento en garantía solicitado en contra de **SEGUROS BOLIVAR S.A.** (Documento 10 del expediente digital).

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, contestó el llamado, oponiéndose a este, arguyendo, *grosso modo*, que para que se cancele el valor de la suma adicional para financiar un posible pago de pensión deben encontrarse claramente probados los

supuestos legales para el reconocimiento de la misma y en el caso de marras se observa, que la señora Oliveros al momento de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no había logrado cotizar las 50 semanas que se exigen el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1 de la Ley 860 de 2003., puesto que la demandada afirma que se cotizó un total de veinticinco (25) y en este caso la póliza no ampara riesgos sin el cumplimiento de las condiciones asegurables. Propuso las excepciones de mérito que denomino: inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (Documento 12 del expediente digital).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de febrero de 2023, dispuso:

“PRIMERO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN** a reconocer y pagar a la señora **ANA GLADYS OLIVEROS DE CETINA** la Pensión de Invalidez a partir de septiembre de 2020 en cuantía equivalente a **UN SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE (1 SMMLV)**, junto a una mesada adicional y los incrementos de ley, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN** a pagar el retroactivo pensional por las mesadas causadas a partir del primero (01) de septiembre de 2020 y hasta cuando se efectúe el correspondiente pago, autorizándose a la demandada a descontar de dicho valor el porcentaje correspondiente a aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN** a pagar los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre todas y cada una de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas a partir del primero (01) de septiembre de 2020 y hasta cuando se efectúe el correspondiente pago.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. ABSOLVER a la Llamada en Garantía **SEGUROS BOLIVAR S.A.** de las pretensiones del Llamamiento en Garantía efectuado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN**.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000).**”

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PROTECCIÓN. Interpuso recurso de apelación en contra del fallo proferido de manera íntegra, para que en su lugar se revoque la decisión, y se absuelva a su presentada. Lo anterior atendiendo los siguientes argumentos:

1. CAPACIDAD LABORAL RESIDUAL: Manifestó, que si bien conforme con el precedente de la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral se ha admitido que en los casos en que una persona padece una enfermedad degenerativa, crónica y congénita, resulta desproporcionado no contabilizar las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración, toda vez que, a pesar de la discapacidad en virtud de una real posibilidad residual para trabajar ha procurado realizar estas cotizaciones y buscar una vida digna; esta sala también ha señalado que para su aplicación resulta esencial analizar las circunstancias de cada caso en concreto, para así establecer si los aportes realizados al sistema se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas o por el contrario, se hizo de una actividad efectivamente ejercida, esto, de conformidad sentencias como la SL3275 del 2019, SL3992 del 2019, y SL4346 del 2020; en tal sentido, considero que conforme con el material probatorio y el cual sirvió para fallar en este proceso, no se permite verificar que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración, hubieran sido por una actividad efectivamente ejercida. Pues, indicó, que al verificar la historia laboral que se aportó se tiene que las cotizaciones están a nombre propio, y si bien las mismas pueden efectuarse de tal manera, lo cierto es que con estas no se demuestra que efectivamente se hubieran hecho con esta capacidad, toda vez que considero, que no arrimó material probatorio adicional a la documental citada, para así demostrarlo, insistiendo en que algunos testimonios podían haber dado fe de que efectivamente estas cotizaciones se habían hecho con esta capacidad laboral residual, testimonios de empleadores o a quien ella ejerció su actividad de oficios varios y demás, por lo tanto considero que teniendo en cuenta esta particularidad de este caso, en cuanto no se logró probar que efectivamente estas cotizaciones se hubieran hecho por esa capacidad laboral residual y no para defraudar el sistema, no es posible conforme a este precedente jurisprudencial modificar la fecha de contabilización de semanas.

2. DE LAS COTIZACIONES RECIBIDAS POR LA AFP PROTECCIÓN S.A.: Ahora bien, frente a la manifestación del Juez de primera instancia, en cuanto señaló que el fondo recibió estas cotizaciones, sin que en ningún momento las objetara y que por ende sí son válidas y se consideran por medio de estas la capacidad laboral, lo cierto es que Protección no podía objetarlas toda vez que, era voluntad de la actora realizar esas cotizaciones y mi representada como fondo de pensiones y habiendo escogido la demandante libremente este fondo

de pensiones, no podía rechazarlas puesto que vulneraría su derecho, primero, a su libre elección de administradora y por supuesto a la de realizar las debidas cotizaciones a pensiones teniendo en cuenta que así ella lo quería, pues era completamente su derecho.

3. INTERESES MORATORIOS: Adicionalmente, considero que no hay lugar a los intereses moratorios, toda vez que la APF PROTECCIÓN, no hizo el reconocimiento pensional, ya que, en primer lugar, no se cumplía lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 100 y en segundo, por cuanto se estaba solicitando la aplicación de la citada jurisprudencia y con el material arrimado al momento en que hizo la solicitud no se permitía comprobar la capacidad laboral residual.

4. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: Finalmente, frente a la llamada en garantía Seguros Bolívar S.A., solicitó que, en caso de confirmar la decisión de primera instancia, le sea imputable el pago de la suma adicional, atendiendo la póliza suscrita para el cubrimiento de los riesgos que le pudieron ocurrir a la demandante, y como quiera que seguros Bolívar en ningún momento desconoció este contrato de seguros.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí la señora **ANA GLADYS OLIVEROS DE CETINA** tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. **2.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993. **3.** Costas procesales de primera instancia.

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL A LA DEMANDANTE:

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Así las cosas, cabe advertir que en este asunto no existe controversia sobre la condición de invalidez de la señora **ANA GLADYS OLIVEROS DE CETINA**, quien fue

calificada mediante Dictamen No. 196080 realizado el 22 de abril de 2019 por parte de Suramericana S.A., en el cual, indicó que la pérdida de capacidad laboral era del **61,88%**, de origen común, con fecha de estructuración de **4 de noviembre de 2018** (Pág. 68 a 71 documento 01 del expediente digital).

En ese orden de ideas, tenemos que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional en el caso concreto de la demandante, es lo dispuesto en **los artículos 38, 39, y 40 de la ley 100 de 1993**, modificados por la ley 860 de 2003, las que en resumen enseñan que tendrán derecho a la pensión de invalidez aquellos afiliados que *“hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*, y además acrediten al menos cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así, de acuerdo con el reporte de Historia Laboral visible en la pág. 14 a 21 del documento 07 del plenario, se encuentra acreditado que la actora **cotizó 28.57 semanas** al Sistema General de Pensiones dentro de los tres (3) años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, es decir, entre el *4 de noviembre de 2005 y el 4 de noviembre de 2008*, sin que entonces se acredite el número mínimo de semanas exigidas por la normatividad antes mencionada, razón por la cual no es procedente en principio reconocer la pensión de invalidez a favor de la señora Oliveros de Cetina, conforme así fue indicado igualmente por la *a quo*.

Ahora, en el presente asunto el Juzgado de conocimiento, determinó que, la fecha que se debía valorar para contabilizar las 50 semanas era aquella en que la demandante efectuó la última cotización al sistema general de pensiones, al ser sus enfermedades crónicas, congénitas y degenerativas, mientras que la AFP Protección S.A., insiste en que debe adoptar la calenda en que fue estructurada la invalidez, dado que no se demostró dentro del juicio la capacidad laboral residual de la demandante a efectos de dar aplicación al precedente jurisprudencial que cubre tal beneficio.

DE LAS ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERATIVAS Y CONGÉNITAS

Frente al tema, se tiene que en caso de enfermedades **crónicas, degenerativas o congénitas**, que desmejoran las condiciones de salud de manera paulatina, no es dable entender como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que se presenta la enfermedad o el primer síntoma, sino que deberá tenerse en cuenta los aportes realizados al Sistema General de Pensiones durante el tiempo comprendido entre tal data y el momento en que la persona pierde por completo su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esto es, en que se desvincula laboralmente o deja de realizar aportes al sistema. En tal sentido pueden consultarse las sentencias, T 962 de 2011 y T 022 de 2013.

En igual sentido, en sentencia T 479 del 14 de julio de 2014, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

*«(...) En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones **debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez**. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que, con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.*

En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica como la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia. (...)»

En sentencia SL 1122 de 2017 adoctrinó en cuanto a las enfermedades congénitas, degenerativas o catastróficas, trayendo a colación la sentencia SU 588-2016 en la que se pronunció la H. Corte Constitucional:

*“Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que, en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, **ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.**”*

Adicionalmente, la Organización Mundial para la Salud - OMS y la Organización Panamericana de Salud – OPS, ha precisado que las enfermedades de tipo “crónico, suelen ser de larga duración y progresión, y son el resultado de una combinación de factores genéticos, fisiológicos, ambientales y de comportamiento”.

En este escenario, se encuentra acreditado, que las patologías calificadas mediante Dictamen No. 196084 del 22 de abril de 2019, por SURAMERICANA S.A., esto es,

“DISMINUCIÓN DE AGUDEZA VISUAL BILATERAL, ALTERACIÓN EN LA POSTURA Y MARCHA (MIEMBRO INTERIOR DERECHO E IZQUIERDO) y SINDROME DOLOROSO CRÓNICO SECUNDARIO”, fueron catalogadas dentro del mismo como enfermedades de tipo degenerativas, progresivas y crónicas, siendo dicho ente el especializado en ello y por tanto competente, sumado a dicho aspecto no fue objeto de apelación por la parte recurrente.

Establecido lo anterior, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2615-2021, de igual forma, ha precisado, que conviene distinguir que una cosa son las controversias propias del dictamen y otra la **determinación del momento a partir del cual deben contarse los aportes o semanas válidas que configuran el derecho a la pensión de invalidez.**

En ese orden, sabido es, que, por *regla general* para el reconocimiento de la pensión de invalidez, el conteo de las semanas requeridas **es realizado de aquellas aportadas con anterioridad a la fecha de estructuración**; sin embargo, a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, la Corte varió su línea de pensamiento en cuanto al momento desde el cual deben contabilizarse los aportes o semanas que dan lugar a la prestación pensional originada en contingencias particulares, específicamente, las relacionadas con enfermedades catalogadas como *crónicas, degenerativas o congénitas*, casos en los cuales se puede tener en cuenta la fecha de: **(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando.**

En efecto, en sentencia CSJ SL781-2021, nuestro máximo órgano judicial, consideró:

“Es así, como en la primera de las providencias antes citadas, reiterada en la CSJ SL4567-2019, se sostuvo que de acuerdo a las peculiaridades que en cada caso se evidenciaran, era dable tener en cuenta, no solo la fecha en que se estructuraba la invalidez (regla general), sino también «(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando», para lo cual se sostuvo como fundamentos, entre otros los siguientes:

[...] en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, se profirió la Ley 100 de 1993, que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal, es decir, comprende las obligaciones del Estado y de la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las contingencias derivadas de la vejez, la salud, la invalidez y la muerte, que pueden afectar la calidad de vida de una persona acorde con el principio de la dignidad humana (artículo 152 de la Ley 100 de 1993).

Precisamente, en amparo del riesgo de invalidez se dispuso la creación de una

pensión a favor de la persona que ha perdido su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital, permitiendo el acceso a un ingreso vinculado con la preservación de una vida digna y de calidad.

De esta manera, resulta obligación del Estado proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad; así mismo, resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven sometidas, pues es a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, que el legislador ha ido a la par de dichas prerrogativas, con la expedición de las Leyes 1046 y 1306 de 2009, y 1618 de 2013, con el fin de establecer un modelo de inclusión social para superar las barreras a las que dicha población está sometida.

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.”

DETERMINACIÓN DEL HITO DE CONTABILIZACIÓN DE SEMANAS

Habiendo quedado establecido que la patología de la actora corresponde a una enfermedad del tipo *degenerativa, progresiva y crónica*, por consiguiente, nos queda determinar cuál es la fecha a partir de la cual se entiende que la señora Ana Gladys Oliveros de Cetina llegó a la pérdida máxima exigida por el sistema para que, a partir de ella, se valide el cumplimiento de las semanas de cotización, bajo la excepción a la regla, referente al conteo de semanas a partir de **la de la última cotización realizada - calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando.**

Al respecto, es preciso señalar que dicha excepción, es posible en aquellos casos en los cuales existen aportes, posteriores a la fecha de estructuración determinada por el ente competente, siempre y cuando sean producto de la capacidad laboral que le permita al afiliado desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar. En sentencia CSJ SL3275-2019 se ilustró tal aspecto de la siguiente forma:

“Este criterio se acompasa con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 19 de octubre de 2006 Radicación No 29622, reiterado en la sentencia del 4 de noviembre de 2015, Radicación No 53986 – SL6374 de 2015, al señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificaciones no son inamovibles, en especial en aspectos como la

fecha de estructuración de la invalidez y más como en el presente caso en que el afiliado continuó laborando con posterioridad a ésta, siendo posible que el juez haciendo uso de todos los medios probatorios admisibles, **concluya una fecha de estructuración de la invalidez distinta**, la cual en todo caso debe ser contemporánea con la fecha en que el afiliado no pudo seguir laborando.”

En este orden de ideas concluye la sala, que dado que la enfermedad que padece la actora - “DISMINUCIÓN DE AGUDEZA VISUAL BILATERAL, ALTERACIÓN EN LA POSTURA Y MARCHA (MIEMBRO INTERIOR DERECHO E IZQUIERDO) y SINDROME DOLOROSO CRÓNICO SECUNDARIO” - son de aquellas catalogadas como crónicas, para el conteo de las semanas exigidas, se puede acudir a la calenda de **la de la última cotización realizada**, calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando; más cuando se evidencia que para la fecha en que se elaboró el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral – 22 de abril de 2019 - aún se encontraba laborando y efectuando cotizaciones al sistema general en pensiones.

Luego, si tomamos la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral – 4 de noviembre de 2008 - junto con la historia laboral de la asegurada (Pág. 14 a 21 del documento 07), encontramos que la afiliada, reunió un total de 622.28 semanas, de las cuales **145,71 semanas** se realizaron dentro de los tres años anteriores a la fecha de la última cotización, resultando claro que reúne los presupuestos para acceder al beneficio pensional, a partir del **1 de septiembre de 2020**, en una cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

Así mismo, ha de precisarse que ningún fraude al sistema se constituyó, ya que, la enfermedad descrita, inició luego de su afiliación al sistema, pues mientras que esta última actuación ocurrió en mayo de 2007, la fecha de estructuración de la patología fue determinada para noviembre de 2008, aunado a que para la fecha de calificación - 2 de abril de 2019-, aun efectuaba cotizaciones, en un número superior al exigido por la ley aplicable, razonamiento más que justificable para tener por cierto que la capacidad laboral residual de la demandante se dio hasta la calenda de la última cotización realizada, destacándose, igualmente, conforme lo señalado por el Despacho de primera instancia, que los pagos de dichas cotizaciones para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, nunca fueron objetados por la AFP.

En consecuencia, la AFP PROTECCIÓN deberá reconocer y pagar a favor de la señora ANA GLADYS OLIVEROS DE CETINA, la pensión de invalidez de origen común, a partir del 1 de septiembre de 2020, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

INTERESES MORATORIOS

En relación con los **intereses moratorios** establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, basta decir que estos tienen una naturaleza resarcitoria y no de carácter sancionatorio como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia entre otras en la SL3736-2019.

Con fundamento en lo anterior, se tiene que en el caso de la demandante, radicó la petición de reconocimiento pensional el 30 de octubre de 2019, fecha para la cual ya acreditaba los requisitos para la causación del beneficio pensional, empero dado que el reconocimiento de la prestación se está ordenando desde el 1 de septiembre de 2020, calenda que no fue objeto de reparo por la demandante, los intereses moratorios, empezaran a correr una vez vencida esa mensualidad, ya que el pago se debía realizar culminado el mismo, es decir, a partir del 1 de octubre de 2020, los que se causaran hasta que se efectuó el pago del retroactivo generado desde el 1 de septiembre de 2020.

En los anteriores términos la sentencia de primera instancia será modificada, solo respecto de la fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios, mientras que en los restantes aspectos se confirmara.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El Juzgado de primera instancia negó el llamamiento en garantía efectuado por la AFP PROTECCIÓN S.A., en tanto que la póliza aportada al plenario tenía como vigencia del 31 de marzo de 2012 al 31 de marzo de 2013, en tanto que la prestación pensional declarada por parte de la A Quo comenzó desde el 1 de septiembre de 2020, por lo que despachó desfavorablemente la afectación de la póliza suscrita con SEGUROS BOLIVAR S.A., pues los hechos objeto de amparo, tuvieron inicio con posterioridad a la suscripción de la póliza.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la AFP PROTECCIÓN presentó recurso de apelación, señalando que, si se debe proceder con la afectación de la Póliza por el pago de la suma adicional, puesto que la misma es para el cubrimiento de los riesgos que le pudieron ocurrir a la demandante, y como quiera que seguros Bolívar en ningún momento desconoció este contrato de seguros.

Así las cosas, obra a folio 10 a 23 del documento 08, Póliza No. 6000-0000014-01, en la que se relaciona como tomador y beneficiario a ING ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PROTECCIÓN S.A., la cual

cuenta con vigencia desde el 31 de marzo de 2012 al 31 de marzo de 2013, y especifica en su objeto, lo siguiente:

“EL OBJETO DE ESTE CONTRATO ES GARANTIZAR LOS APORTES ADICIONALES NECESARIOS PARA FINANCIAR LAS PENSIONES DE INVALIDEZ, SOBREVIVENCIA, PAGO DE AUXILIO FUNERARIO, DE LOS AFILIADOS AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, TAL COMO LO ESTIPULA EL DECRETO 718 DE 1994 DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y LAS NORMAS QUE LO MODIFIQUEN Y ADICIONEN.

LAS COBERTURAS E INDEMNIZACIONES SERAN LAS DEFINIDAS EN NORMAS LEGALES VIGENTES PARA LA FECHA DE OCURRENCIA DEL SINIESTRO.”

No obstante, lo anterior se hace la siguiente anotación respecto de las coberturas:

*“SUMA ADICIONAL PENSIÓN INVALIDEZ
SUMA ADICIONAL PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
AUXILIO FUNERARIO”.*

Conforme lo anterior, no cabe duda que la póliza se tomó con el fin de pagar las sumas adicionales para el financiamiento de las pensiones de invalidez, sin embargo debe resaltarse que fue tomada para cubrir las citadas prestaciones pensionales, en vigencia del 31 de marzo de 2012 al 31 de marzo de 2013, y no respecto de cubrir las reconocidas u otorgadas para el año 2020, año a partir del cual la demandante se hace acreedora a esta, como lo pretende la apoderada de la AFP PROTECCIÓN S.A., razón por la cual no es posible su afectación para el cubrimiento de condenas impuestas a la AFP PROTECCIÓN en vigencias diferentes a las pactadas, pese a ser éste el beneficiario de dicha póliza.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario **CONFIRMAR** la absolución de SEGUROS BOLIVAR S.A., en su calidad de llamada en garantía, en el sentido de despachar desfavorablemente las súplicas presentadas por la apoderada de la AFP PROTECCIÓN S.A.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe la A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia recurrida, en el entendido de **CONDENAR** a la administradora de fondos de pensiones y cesantías **PROTECCIÓN S.A.** a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre todas y cada una de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas, desde el 1 de octubre de 2020 hasta que se efectuó el pago del retroactivo pensional generado desde el 1 de septiembre de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 1 de febrero de 2023, por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2021-00289-01

Bogotá D.C., junio siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCION SA, Y AFP PORVENIR SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderada especial de la AFP Porvenir SA, a la abogada PAULA HUERTAS BORDA, CC 1.020.833.703 y TP 369.744 del CSJ, según documentos adjuntos.

La demandante, Porvenir y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de octubre 12 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP, PORVENIR SA, **NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ** PROTECCION SA Y COLFONDOS SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Que se declare la ineficacia de la afiliación a pensión realizada por **NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ** al RAIS a través de Colmena hoy Protección, en agosto de 1994, lo mismo que el traslado a Colfondos en octubre de 1996, a Horizonte hoy Porvenir en marzo de 1999, a Protección en febrero de 2000.

Declarar que **NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ** tienen derecho a afiliarse al RPM administrado por Colpensiones.

Condenar a protección a registrar en el sistema que la afiliación de la demandante en el RAIS en agosto de 1994 es ineficaz por engaño y falta del deber de información, igualmente a Colfondos, protección y Porvenir.

Condenar a Colpensiones a registrar la afiliación de la demandante en el RPM.

Condenar a protección a trasladar los aportes de la demandante junto con los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 5 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de marzo 11 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 5 de septiembre de 2022 **DECLARÓ** probadas las excepciones propuestas por las demandadas y absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, y condeno en costas al demandante. **CONCEDIÓ** apelación al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apelo la decisión, solicitando el superior revoque la sentencia, y acceda a las pretensiones. Sustenta su apelación en que los fondos demandados en la contestación de la demanda nunca demuestran la asesoría que se le brindo a la demandante para su vinculación inicial al RAIS. Protección nunca le brindo información sobre las implicaciones de la vinculación, sobre las ventajas y desventajas tanto en el RPM como en el RAIS, y contrario a lo determinado por el fallo, no se puede endilgar a la demandante la carga de la prueba. El artículo 271 de la ley 100/93 establece que la afiliación quedara sin efectos cuando no haya suficiente información al afiliado, por violación al derecho de libre afiliación, y esa norma no exige que el afiliado tenga necesariamente que venir del RPM.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION SA, efectuado por **NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ** el día 3 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION S.A., y los demás fondos en que estuvo vinculada, trasladen la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante solicitó afiliarse a la AFP Colmena hoy AFP PROTECCION S.A. el 3 de agosto de 1994 (f-26 contestación protección.), luego en septiembre 2 de 1996 se trasladó a Colfondos (F.92 demanda), y finalmente el 21 de agosto de 1998 se trasladó a Protección (f.27 contestación protección).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de las afiliaciones o los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por

medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

Sobre este asunto en particular, cuando se trata de ciudadanos que se afilian por primera vez al régimen de seguridad social en pensiones al RAIS, la línea jurisprudencial vigente de la Sala de Casación laboral, es perfectamente aplicable para el caso del deber de brindar información al momento de la afiliación, al igual que la carga de la prueba de los fondos privados para este momento inicial de la afiliación al sistema, pues al no evidenciarse que al usuario de dichos fondos se le brindo una información suficiente y veraz, sobre las implicaciones y expectativas tanto en el RAIS como en el RPM, esa afiliación en términos del artículo 271 de la ley 100/93, quedara sin efectos, o será ineficaz; aunque la Sala de Descongestión Laboral de la Corte, se ha pronunciado aseverando que en estos casos es imposible declarar la ineficacia al no haber estado afiliado con anterioridad al RPM, dicho pronunciamiento no puede aplicarse como doctrina probable, pues no ha sido reiterado por la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema; por tanto es doctrina suficientemente aplicable la plasmada en Sentencia SL1688 de 2019, en la cual se expuso con claridad meridiana lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las

repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser

la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PROTECCION SA** aporte: captura de pantalla, formulario de vinculación de 1994 y 1998, historia laboral, movimiento cuenta de ahorro individual, resumen historia laboral OBP, SIAFP, política para asesorar y vincular personas naturales, concepto superintendencia financiera diciembre de 2015, comunicado de prensa. AFP COLFONDOS SA: no allego pruebas; AFP PORVENIR SA: SIAFP, historia laboral, certificado de egreso, respuesta a petición, formulario de afiliación a Horizonte en diciembre 98, febrero y septiembre de 1999, concepto SIF.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de agosto de 1994, fecha de la afiliación o ingreso al régimen de seguridad social en pensión, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar,

sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el ingresar a ese régimen, y no al RPM.

Claramente para el momento de la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones el 3 de agosto de 1994, la demandante en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 19 de septiembre de 1964 f-32 demanda-expediente digital), y al cotizar en el RPM, podría pensionarse una vez reuniera la densidad de semanas exigidas y la edad (precisando que para noviembre 26 de 2021, fecha de expedición de la historia laboral por AFP PROTECCION SA. F.28), la demandante había cotizado más de 1277 semanas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, esperar los términos legales para redención del bono pensional-(aunque no tenga derecho a él) hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento de la vinculación al régimen de pensiones, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior a la primera vinculación al régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFPCOLMENA hoy PROTECCION S.A., el 3 de agosto de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de afiliarse al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Tanto las manifestaciones de las demandadas, como del juez a quo, no pueden ser consideradas como indicativas que la demandada Colmena hoy Protección actuó conforme al deber de información, pues no allego prueba alguna, que permitiera a esta Sala inferir que a la demandante se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que representaban el afiliarse inicialmente al RAIS, y las posibles ventajas que le representaría el afiliarse al RPM.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad de Colpensiones, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por

ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben***

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

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

Del mismo modo, frente a la apelación de la demandante, se dirá que al misma saldrá avante, pues en el interrogatorio de parte la demandante no hizo, sino corroborar su dicho en los hechos de la demanda, como que no se le dio ninguna información sobre las ventajas que representaría afiliarse al RPM administrado por el ISS, y contrario a lo afirmado por el fallo que se estudia, la carga de la prueba no correspondía a la demandante, el demostrar que no se le brindó información, pues de antaño la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, ha determinado que en casos como el presente, la carga de la prueba corresponde de al fondo privado, que está en el deber de demostrar cabalmente el tipo de información brindada al afiliado, en torno a su traslado o ingreso a dicho régimen.

Ahora, se equivoca el a quo al afirmar que la línea jurisprudencial solo hace relación, al cambio de régimen, lo cual no tiene sustento jurisprudencial, ni legal pues el deber de información, está claramente establecido, tanto para la afiliación inicial, como para el cambio de régimen. Y esto es así, pues no sería comprensible que una persona que viene afiliada al RPM desde años antes, no está obligada a saber qué tipo de ventajas tendría de continuar en dicho régimen, y una persona que se afilie por primera vez, si deba afrontar el hecho que, por no venir afiliada al RPM, tenga necesariamente que soportar que, en su vinculación, el fondo privado no esté obligado a brindar la información suficiente para esa vinculación al régimen pensional.

Ahora, en cuanto a la afirmación del fallo de instancia, que la demandante siempre ha tenido la vocación de pertenecer al RAIS, pues tan solo cuando ya está próxima a la prohibición de trasladarse, pretende trasladarse al RPM para obtener una mejor mesada, y que de declararse la ineficacia se estaría ante un indebido aprovechamiento de los recursos públicos; tampoco tiene asidero jurisprudencial ni legal, dichas afirmaciones; pues claramente se demostró en el proceso, que el fondo privado Colmena, no brindó ningún tipos de información, para que el consentimiento de la actora, se considerara suficientemente informado, tampoco los demás fondos en que estuvo vinculada, allegaron prueba alguna de las re asesorías, que estaban

obligados a efectuar antes de que la demandante quedara incurso en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003, de poder trasladarse faltándole diez años o menos para llegar a la edad pensional, caso en el cual, sería viable estudiar la posibilidad, de que siempre estuvo suficientemente informada, siempre y cuando se le hubiesen puesto de presente las dos proyecciones de su mesada en el RAIS y en el RPM, y que aun así, esta hubiere optado por continuar en el RAIS, esto dada su condición de profesional de la medicina, de contera conocedora por su profesión de alguna manera de la ley 100/93 en cuanto lo referente a salud, mas no en lo referente a pensiones.

Ahora, es claro, que al declararse la ineficacia del traslado, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido podrá la trabajadora escoger libremente el fondo, que en este caso es Colpensiones como lo manifestó en las reclamaciones previas a iniciar el proceso judicial, y esos dineros deben ser entregados a Colpensiones, pues a pesar de no haber tenido como afiliado al actor durante ese lapso, debe responder por los riesgos de invalidez vejez y muerte al declararse la ineficacia del traslado. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia

SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se REVOCARA la decisión y se accederá a las suplicas de la demanda declarando la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por AFP COLMENA SA hoy AFP PROTECCION SA, y se condenara en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP PROTECCION SA los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, al igual que los AFP PORVENIR Y COLFONDOS durante el lapso que estuvo vinculada la demandante en dicho fondos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaración de no probada conforme lo decidió el a quo.

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia; las de primera a cargo de AFP PROTECCION SA.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado 32 Laboral el Circuito de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación efectuada por **NATALIA RODRIGUEZ**

RAMIREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP COLMENA SA, HOY AFP PROTECCION SA, el 3 de agosto de 1994; y declarara que para todos los efectos legales está afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones,

SEGUNDO: Condenar a AFP PROTECCION SA, a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, con sus respectivos rendimientos y comisiones que correspondan por la afiliación que tuviera **NATALIA RODRIGUEZ RAMIREZ** con dicho fondo. Y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP PROTECCION SA los trasladara a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, al igual que los AFP PORVENIR Y COLFONDOS durante el lapso que estuvo vinculada la demandante en dichos fondos.

TRECEROS: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia serán a cargo del AFP PROTECCION SA y a favor de la demandante.

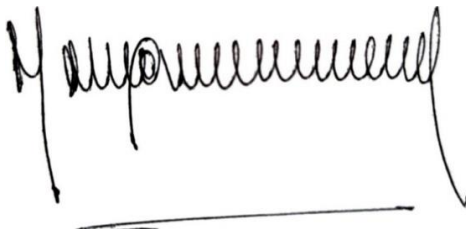
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Salvo voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – **Ineficacia de afiliación**
Demandante: Natalia Rodríguez Ramírez
Demandada: Colpensiones y otra.
Radicación: 11001-31-05-**032-2021-00289-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta en el asunto de la referencia, por las razones que paso a explicar.

Como lo he expuesto en relación con los asuntos de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a acatar en la actualidad el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la alta corporación, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual adoptaba decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis jurídico procesal en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de los accionantes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, en este asunto en particular, considero que no hay lugar a adoptar la misma línea de decisión, conforme a ese precedente jurisprudencial consolidado, pues lo que se declara aquí no es la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que la demandante nunca estuvo afiliada en el régimen de prima media, y su vinculación inicial al sistema pensional se dio con su afiliación a una administradora de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, por lo que considero que no son aplicables los mismos criterios de decisión y cargas probatorias previstas jurisprudencialmente respecto de quienes pretenden la ineficacia de su

traslado de régimen, y aunque coincido en que las entidades administradoras en ambos regímenes del Sistema Pensional, tienen el deber de información para con sus afiliados, en ningún caso considero que ello conlleve la ineficacia de la afiliación, como consecuencia legal; y, tratándose de un efecto establecido jurisprudencialmente, debería enmarcarse en los supuestos fácticos para los cuales se ha previsto, esto es, para el caso de traslado de régimen pensional.

Aunado a lo anterior, atendiendo a que la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia de traslado, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondos de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, rendimientos financieros, bonos pensionales, entre otros, porque se entiende que nunca hubo traslado y que el afiliado siempre permaneció en el régimen en el que se encontraba, el de prima media, que hoy administra justamente Colpensiones, sin solución de continuidad para todos los efectos legales; empero, en este caso no podría derivarse la misma consecuencia, pues no podía pretender la demandante retornar sin solución de continuidad a un régimen al que nunca perteneció

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3587-2021, en la que precisó:

Conviene memorar que como la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver la situación al estado en que se hallaría de no haber existido el acto de traslado (statu quo ante), la demandante no puede pretender retornar a un régimen al cual nunca perteneció, pues únicamente ha estado afiliada al RAIS desde el 1 de octubre de 1995, que no al RPM, por lo que no está llamado a operar el mecanismo reclamado por simple sustracción de materia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Importa precisar que si lo que pretendido es retornar al régimen de prima media con prestación definida por resultarle más favorable, debió aprovechar la oportunidad que brindó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual, una vez elegido el régimen pensional, para que fuera procedente el traslado, debía transcurrir un tiempo de permanencia mínimo de 3 años, que fue incrementado por la Ley 797 de 2003 a 5 años.

Como lo anterior no ocurrió, la accionante consolidó el derecho a la prestación por vejez bajo los parámetros del régimen de ahorro individual con solidaridad, único al que ha estado vinculada, sin que exista la posibilidad de variar dicha condición,

pues no hizo uso de la posibilidad legal que tenía a su alcance para moverse dentro del sistema, a fin de lograr el objetivo propuesto

Y en la sentencia CSJ SL4211-2021, señaló:

La Sala no desconoce que tales considerados se han dado en el marco de la ineficacia del traslado de régimen pensional; acto jurídico que no corresponde al del *examine*, en el que se dio la afiliación inicial al sistema general de pensiones, a través del RAIS administrado por Protección S. A.

Ha de recordarse que en el sistema integral de seguridad social se surten dos actos jurídicos que, pese a su conexidad, pues el surgimiento de uno se da ante la materialización del otro, son diferentes entre sí. En efecto, ellos son:

i) La afiliación, que es aquél por el cual una persona ingresa al sistema general de pensiones y, por ello, se da una única vez en la vida y tiene carácter permanente, como lo reza el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que dispone: *«[l]a 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 periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones»*.

ii) El traslado o movilidad de regímenes pensionales o administradoras, se encuentra regulado en el inciso e) del canon 13 de la Ley 100 aludida, modificado por el 2.º de la Ley 797 de 2003, como la posibilidad de mutar de régimen o entidad encargada de gestionar las cotizaciones realizadas para los riesgos de IVM. Inicialmente, la norma aludida previó un término de 3 años para moverse a otro régimen, que con su reforma se amplió a un lapso de 5 e introdujo la prohibición de realizarlo cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, aspecto último que fue objeto de estudio de constitucionalidad en providencia CC C1024-2004.

Tal diferenciación se observa, verbigracia, en el inciso b) del precepto 13 de la Ley 100 de 1993, así como el 6.º del Decreto 228 de 1995, compilado en el 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que en similar sentido aluden a la obligación de manifestar por escrito la selección de régimen cuando se trata de la vinculación inicial al SGP o de traslado de régimen.

Precisado lo anterior, para la Sala las puntualidades construidas sobre el deber de información de las administradoras, así como su fortalecimiento e incremento de exigencia con el transcurrir del tiempo en materia de ineficacia del traslado de régimen, pueden extenderse al caso de estudio, ya que aquellas obligaciones de las administradoras se predicen frente al actor jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, para lo que es necesario que sea informada.

[...]

Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

[...]

Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, *«cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*, razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Conforme a los argumentos expuestos en este salvamento, en consonancia con las consideraciones de las sentencias citadas, que aun cuando no constituyen precedente jurisprudencial se comparten por la suscrita, en cuanto a que, en casos como este no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, menos aún el retorno a un régimen al que la demandante nunca perteneció, con las consecuenciales órdenes dadas, y es por ello que me aparto de la decisión, porque considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia, para absolver de la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **80a3238b6676272b53c81519a4908faff435885f4e733a82d0713f2ab99b7322**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:27 AM

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

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 035-2017-00423-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ODGUIER ENRIQUE GUILLEN LAZCANO**
DEMANDADOS: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**
COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.
ASUNTO: **APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ODGUIER ENRIQUE GUILLEN LAZCANO** instauró demanda ordinaria laboral contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.**, debidamente sustentada como aparece a folios 3 a 34 del expediente (Documento01), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Se declare que la patología “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL” es de ORIGEN LABORAL, pues guarda relación directa con las actividades y los factores de riesgo laboral a los que estaba expuesto

el señor ODGUIER ENRIQUE GUILLEN LAZCANO, mi poderdante, como trabajador de la Empresa DRUMMOND LTDA.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. Se condene a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a revocar el DICTAMEN No. 1896935 del 9 de julio de 2014, emitido por dicha Junta y emita otro diferente que determine que la patología “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL” tiene origen PROFESIONAL.
2. Se condene a la ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. a reconocer y a pagar a favor de mi poderdante las prestaciones económicas surgidas de la enfermedad laboral que sufre y de las secuelas de las mismas.
3. Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

CONTESTACION DEMANDA

COLMENA SEGUROS S.A., contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que todas las entidades que conocieron el caso del actor, esto es, la EPS Salud Total, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fueron coincidentes al calificar la enfermedad como de origen común. Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, compensación y prescripción (folios 167 a 201 del expediente, documento01).

De igual forma, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ**, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, afirmando que el dictamen proferido por la entidad cuenta con pleno soporte probatorio y guarda concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación de origen común del diagnóstico del actor. Propuso las excepciones de legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, falta de legitimación por pasiva, buena fe y la genérica (folios 546 a 576 del expediente, documento01).

El Juzgado de origen, a través de autos emitidos el 31 de enero de 2019 y el 29 de abril de 2019, admitió los escritos de contestación presentados por **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.** (folio 630 a 631 y 674 – documento 01, respectivamente).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 6 de julio de 2022²¹, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: ABSOLVER a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y legalidad de la calificación, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000 a favor de cada uno de los demandados, que se ordena incluir en la respectiva liquidación de costas.

CUARTO: CONSÚLTESE en los términos del art. 69 del CPT y SS., en caso de no ser apelada.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

1. **REVOCATORIA DEL DICTAMEN No. 1896935 DEL 9 DE JULIO DE 2014:** Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se determine que la enfermedad del actor “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL” es de origen laboral, fundamentó su reparo, en el hecho de que no se le dio la suficiente importancia al aspecto probatorio que demuestra que el trabajador estuvo expuesto durante más de 15 años a un factor de riesgo físico, en este caso, el ruido a unos niveles peligrosos por encima de los límites permisibles en la actividad laboral de soldador de la empresa Drummond Ltda., conforme se demostró en el análisis del puesto de trabajo y en los estudios técnicos de las pruebas audiométricas realizadas en forma periódica por la misma empresa empleadora.

Expuso, además, que no se tuvo en cuenta que no hubo ningún factor extra laboral que pueda explicar la pérdida de la audición del trabajador, que, si bien hablan de un trauma acústico previo, este se dio al haber estado expuesto trabajando durante más de 10 años por fuera de la empresa Drummond como montador de llantas, utilizando

equipo que efectivamente producía este factor de riesgo, por lo que considera que se reúnen los requisitos para calificar que la enfermedad del actor se trata de una enfermedad laboral.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado, la Sala examinara si hay lugar a dejar sin efectos el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. En caso afirmativo, se habrá de estudiar la procedencia o no de las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

En esta instancia se encuentra probado que en primera oportunidad la **EPS SALUD TOTAL**, calificó la patología denominada “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL”, como enfermedad común, mediante dictamen del 6 de agosto de 2012 (Pág. 65 a 61 – Documento 01), que posteriormente, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE CESAR**, concluyó en dictamen No. 3490 del 9 de julio de 2013, el origen de la patología, como enfermedad común (Pág. 3 a 5 – Documento 04), y finalmente, que la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** en dictamen 1896935 del 9 de julio de 2014 confirmo el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cesar (Pág. 194 a 202 – Documento 04).

Ahora, para resolver el cuestionamiento planteado en el presente asunto, en primer lugar, se precisa que el Decreto 1295 de 1994 en su artículo 11, definió inicialmente que se debía entender por enfermedad profesional. Sin embargo, en la sentencia C-1155 de 2008, la Corte consideró que el Gobierno había excedido las competencias extraordinarias conferidas por el legislador “*para organizar la administración*” del sistema previsto en el artículo 139, numeral 11 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la declaró inexecutable, empero la Corte dejó “*establecido que de acuerdo con su línea jurisprudencial, debe revivir el ordenamiento jurídico anterior con sus modificaciones, esto es en relación al concepto de enfermedad profesional. Así las cosas, la presente declaración de inexecutable revive el artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo.*”

Al remitirnos al artículo 200 del C.S.T, podemos establecer que la enfermedad profesional, es: “*todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.*”

Así mismo, y dado que el asunto versa sobre el origen de la enfermedad, encontramos el Decreto 2463 de 2001, que el Art. 9, al respecto, indica: ***“ARTÍCULO 9o. FUNDAMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ORIGEN Y GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. 1. Los fundamentos de hecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio. 2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso de que se trate.”***

Con base a lo anterior, y dado que el demandante aduce que la enfermedad que padece debe catalogarse como de origen profesional, entre tanto las entidades demandadas consideran que no se le debe dar dicha connotación, pasa a resolverse el problema jurídico planteado.

Para resolver este asunto, en primer lugar, ha de recordarse que el artículo 61 del C.P.T y S.S., establece que los jueces de instancia gozan de la libertad de apreciar libremente los medios probatorios, a fin de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decretando y practicando para ello, las pruebas que lo induzcan a hallar la verdad.

La Sala de Casación Laboral en sentencias SL3992-2019, CSJ SL2984-2020 y CSJ SL513-2021, preciso que el juez debe apoyar su decisión en los dictámenes obrantes en el proceso, con observancia de su contenido informativo y técnico, empero que ese dictamen no constituye prueba definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario, y en virtud de las facultades de libre formación del convencimiento y valoración autónoma de la prueba, puede requerir a otra entidad especializada para resolver el conflicto:

“Esta sala de la Corte ha resaltado la importancia intrínseca que tienen esos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente. Por ello, ha dicho que, en principio, el juez del trabajo está obligado a observarlos y respetarlos, en el

marco de sus facultades de valoración probatoria. Sin embargo, al mismo tiempo, por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, la Sala ha determinado que dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, ni muchos menos una prueba de carácter ad substantiam actus. Contrario a ello, ha destacado esta corporación, en múltiples oportunidades, que dichas experticias constituyen una prueba más del proceso que el juez puede valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento.”

En este orden de ideas, tenemos que al analizar el escrito inicial se evidencia que la parte actora solicita se deje sin efecto el Dictamen No. 1896935 del 9 de julio de 2014 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, al enunciar que para el año de 1997, fecha en que ingreso a laborar para DRUMMOND LTDA, se encontró una “HIPOACUSIA BILATERAL LEVE”, atendiendo a que previamente había laborado 11 años en empresas del sector metal mecánico, como soldador, por lo que la exposición al ruido es de tipo profesional al estar siempre presente en la labor por el desarrollada (Pág. 9 a 31, documento 03).

Ahora al estudiar el dictamen controvertido, esto es, el dictamen No. 1896935 del 9 de julio de 2014 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se observa que, frente a la patología, denominada: “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL”, esta fue calificada como una enfermedad de origen común, teniendo en cuenta para ello, la historia clínica del paciente, las audiometrías, la otorrinolaringología y el informe del puesto de trabajo.

Sin embargo, el Juez de conocimiento a efectos de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decidió decretar a favor de la parte demandante el dictamen pericial solicitado ante una entidad diferente a las Juntas, para que en el mismo se examinara y determinara: *“los factores de riesgo en el puesto de trabajo del actor y si los mismos son la causa de la enfermedad Hipoacusia Neurosensorial Bilateral”* (Documento 05).

En atención a la mencionada prueba pericial, la parte demandante allegó Dictamen del 21 de octubre de 2021, a través de la Doctora **LINA ANDREA ROJAS SALAMANCA (Médico y Cirujano – Especialista en Salud Ocupacional)**, calificando la patología “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL”, como una enfermedad de origen laboral, con fundamento en la

Historia Clínica, las Audiometrías realizadas en exámenes ocupacionales los días 23/10/1997, 11/11/1998, 28/03/2001, 10/10/2003, 04/10/2005 y 30/11/201, el Análisis del Puesto de Trabajo y los Dictámenes de Calificación de Origen, así:

“Paciente de 49 años con antecedente de Hipoacusia Neurosensorial Bilateral, detectada en audiometrías desde 1998, en seguimiento bianual, encontrando una afectación principalmente en la frecuencia de 4000 Hz, lo cual es bastante típico (característico) en la hipoacusia inducida por ruido.

Al revisar el análisis de puesto de trabajo se evidencia que existe una importante exposición a ruido debido a las condiciones laborales en las que el trabajador realizaba las tareas. Por otro lado, indican que el uso de protección auditiva disminuye el ruido, modificando el nivel de riesgo a una categoría de bajo; sin embargo, esto no implica que el trabajador haya utilizado los protectores de forma correcta durante el tiempo laborado para la empresa DRUMMOND, que en los trabajos anteriores usara dichos elementos de protección o que los utilizara correctamente. Es decir, la medida de control del ruido mediante el uso de protección auditiva no es garantía de la reducción del riesgo frente a una exposición a niveles no permisibles de ruido.

Es importante tener en cuenta un aparte mencionado en las Recomendaciones de la GATISO1 de Hipoacusia2 sobre el uso de protectores auditivos de inserción:

“....Por mucho tiempo ha existido controversia sobre la efectividad de los protectores auditivos a partir de la información proporcionada por los fabricantes acerca de la atenuación de los niveles sonoros, sobre la base del aumento en el número de casos de hipoacusia en personas que utilizaban esta protección. Si bien hay factores que podrían estar asociados con estos hallazgos como el hecho de retirarse temporalmente el protector en un sitio ruidoso o simplemente no utilizarlo adecuadamente; los estudios técnicos se han encaminado a conocer si las NRR3 proporcionadas por el fabricante corresponden verdaderamente a la atenuación percibida por el trabajador. Dos estudios realizados por NIOSH4 en la década de los 70 encontraron que los protectores tipo inserción en la práctica brindaban menos de la mitad de la atenuación medida en el laboratorio.”

Al analizar la historia laboral se encuentra que, al momento que la JNCI realizo el dictamen, el trabajador tenía una carga de exposición a ruido de 348 meses (29 años) laborando en industrias del sector metalmecánico, donde se conoce de la existencia de dicho riesgo laboral. Dentro del tiempo de exposición al ruido hay 300 meses (25 años) en los que el trabajador estuvo en el mismo cargo de soldador, realizando tareas similares, donde también estaba intrínseca la exposición al riesgo físico de ruido. Es decir, además de los 168 meses (14 años) trabajados en Drummond, el trabajador estuvo en el mismo cargo por 11 años y expuesto a ruido por 15 años adicionales, en las diferentes ocupaciones de su vida laboral.

Revisando otros planteamientos de las GAT – HNIR basadas en la GATISO encontramos las características de una hipoacusia neurosensorial inducida por ruido:

“La hipoacusia inducida por ruido ocupacional se caracteriza por ser principalmente neurosensorial, afectando las células ciliadas del oído interno. Casi siempre bilateral, simétrica y casi nunca produce una pérdida profunda. Una vez que la exposición a ruido es discontinuada no se observa progresión adicional por la exposición previa a ruido. La pérdida más temprana se observa en las frecuencias de 3000, 4000 y 6000 Hz, siendo mayor usualmente en 4000 Hz. Las frecuencias más altas y las bajas tardan mucho más tiempo en verse afectadas. Dadas unas condiciones estables de exposición, las pérdidas

en 3000, 4000 y 6000 Hz usualmente alcanzan su máximo nivel a los 10 a 15 años y decrece el riesgo de mayor pérdida en la medida en que los umbrales auditivos aumentan”. “También las hipoacusias neurosensoriales por ruido se acompañan usualmente de tinnitus o acúfenos”.

Las anteriores citas permiten afirmar que la hipoacusia presentada por el trabajador cumple con las condiciones de una hipoacusia generada por ruido, más considerando que estuvo expuesto a ruido por más de 15 años y solamente en los últimos 14 años de labor se pudo cuantificar dicho riesgo. El único control del ruido realizado fue el suministro de elementos de protección auditiva de inserción, sin tener claro que estos hayan sido usados de forma correcta por el trabajador o en los años de exposición anterior hayan sido utilizados. Además, dentro de la historia clínica no se evidencian otras fuentes de exposición a ruido u otros factores como antecedentes médicos, traumáticos o quirúrgicos que indiquen que el trabajador habría adquirido la hipoacusia por otra causa diferente a la laboral o que sea relacionada con la edad, sabiendo que la presbiacusia es una patología diferente que suele aparecer por encima de los 50 años y afecta principalmente el entendimiento de las palabras más que la audición misma.

En este análisis evidencio que la pérdida auditiva del trabajador cumple con la mayoría de los criterios a considerar en una Hipoacusia Neurosensorial por ruido de origen Laboral (tiempo de exposición al factor de riesgo alto, niveles peligrosos de ruido por encima de los límites permisibles en la actividad laboral desempeñada, características audiométricas típicas presentadas, sintomatología asociada a la hipoacusia registrada, ausencia de factor extralaboral desencadenante).”

Adicionalmente la médico LINA ANDREA ROJAS SALAMANCA, quien emitió el anterior dictamen, expresó en el interrogatorio que absolvió ante el Juzgado de Primera instancia, en audiencia celebrada el 6 de julio de 2022, que la enfermedad que padece el señor **ODGUIER ENRIQUE GUILLEN LAZCANO**, denominada “HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL”, frente al origen de la misma, reiteró que se calificó, teniendo en cuenta la historia clínica aportada, el análisis del puesto de trabajo, las audiometrías, los dictámenes de las Juntas y las guías de salud ocupacional, precisó, que la conclusión a la que arribó de determinar como de origen laboral la enfermedad del actor, no solo obedeció a la exposición de ruido con la actual empresa empleadora, sino a aquella previa, dado que el actor trabajo 11 años atrás en la misma profesión de manera dependiente e independiente para la industria metalmecánica, encontrándose expuesto a de ruido en niveles altos, y sin que se hubiere demostrado que en dicho lapso se contara con elementos de protección auditiva, sin que con ellos se quiera decir que se elimine el ruido sino que tan solo existe una disminución en este.

En ese orden, sea lo primero, precisar, que la **hipoacusia** inducida por ruido (HIR) se define como la disminución de la agudeza auditiva de uno o ambos oídos, de forma parcial o total, permanente y acumulativa, de tipo sensorioneural, que se inicia gradualmente como resultado de la exposición prolongada a ruido en el ambiente laboral con niveles perjudiciales.

Por su parte, el Decreto 2566 de 2009, estableció en su artículo 1 la tabla de enfermedades Profesionales en Colombia, encontrando entre ellos, acorde con el diagnóstico del actor, como origen profesional, el siguiente:

“29. Sordera profesional: Trabajadores industriales expuestos a ruido igual o superior a 85 decibeles.”

Razón por la cual, se hace indispensable, determinar si el actor, efectivamente, se encontraba expuesto al riesgo y en caso afirmativo, si este es superior a los 85 decibeles.

Verificado el Análisis de Puesto de Trabajo (Pág. 132 a 141 - documento 03), frente a la descripción de los factores de riesgo en RUIDO, se indicó:

9. DESCRIPCIÓN DE LOS FACTORES DE RIESGO

FACTOR DE RIESGO	CLASE DE RIESGO	SI	NO	EXPOSICIÓN			OBSERVACIONES
				C	F	O	
	RUIDO						
	Ruido de Impacto	X			X		Se trabaja con herramientas manuales de impacto, como monas y martillos.
	Ruido Continuo	X		X			Es generado en el proceso de soldadura, viéndose aumentado con la aplicación del arc air.
	Ruido Intermitente	X			X		Generado por manejo de herramientas como esmeril, pulidora y otros equipos del proceso
	ILUMINACIÓN						
	Carencia de luz natural		X		X		



APT SOLDADOR DE TALLER Y CAMPO

11

Así mismo, en lo concerniente a la evaluación de riesgos higiénicos del RUIDO, se enunció:

10. EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS HIGIÉNICOS

RUIDO

GES	TLV TWA (db A)	TLV corregido con tasa de cambio 3	Nivel 1/2 de exposición	EPP	Limite inferior	Limite superior	Categorización objetiva con EPP	Categorización objetiva sin EPP
PMso	85.00	82.00 db A	88.22 db A	Tapón de inserción	86.92 db A	89.73 db A	BAJO	ALTO

De acuerdo con los resultados mostrados en las tablas anteriores, se establece que los trabajadores que pertenecen al grupo homogéneo o exposición similar **PRIBBENOW MANTENIMIENTO-SOLDADURA: (PMso)**: se encuentran expuestos a niveles de ruido por encima de los valores límites permisibles, lo cual representa un riesgo ALTO sin la utilización del elemento de protección personal. El elemento utilizado es el tapón de inserción de espuma el cual tiene un nivel de reducción de ruido corregido bajo el estándar de la OSHA 29CFR 1910.95 de 13 db, es decir, que el riesgo pasa a ser BAJO con la utilización de este.

De acuerdo a lo anterior, encontramos que si bien, el actor, se encuentra expuesto al riesgo del ruido de impacto, continuo e intermitente, y que el mismo se encuentra en un nivel del 88.22 decibeles, con categoría objetivo sin EPP ALTO, es decir por encima del límite permisible (85 db), no lo es menos, que este, se encontró dentro de la categoría objetivo con EPP BAJO, con reducción de 13 decibels, y por tanto, con un nivel inferior a los 85 decibeles, por lo que no habrá de ser considerado como una enfermedad profesional, al encontrarse fuera de los parámetros establecidos por el Decreto 2566 de 2009; sobre este punto, el mismo demandante en su interrogatorio de parte, informo que siempre le fueron suministrados y así mismo utilizados por este los tapones auditivos como EPP.

Ahora bien, resulta, claro, que el fundamento de la parte actora, para que se determine que el origen de la patología es laboral, consiste en el hecho de que previo a iniciar labores con su actual empleador (Drummond Ltda.), este ya venía de prestar sus servicios para la industria metalmecánica como soldador por alrededor de 11 años, pretendiendo demostrar dicha circunstancia a través del dictamen pericial allegado, sin embargo, cabe destacar que dentro del mismo no se encuentra debidamente acreditada dicha circunstancia, pues si bien fue objeto de apreciación por parte de la perito para llegar a su conclusión, contrario a ello, brilla por su ausencia material probatorio alguno que así lo fundamente, con el cual se logre determinar que el actor laboro para dicho sector durante el lapso aducido y que dentro del mismo se hubiera encontrado expuesto al riesgo del ruido.

Razón por la cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, arribo a la conclusión que no existían factores de riesgo asociados, pues si bien del examen de ingreso se determino que el actor, ya tenía una caída en los 3 y 4 KHz bilateral de predominio izquierdo, no había hipoacusia, la percepción era a los 25 dB, en el nivel máximo de audición normal, a partir del año siguiente se evidenció una caída de 45 dB en el oído derecho y 50 dB en el oído izquierdo en la frecuencia de los 4 KHz, a partir de allí y durante los 12 años siguientes, la perdida ha permanecido igual, no siendo acorde ello con la Hipoacusia producida por ruido industrial; razón por la cual y sin que dentro del plenario obre prueba diferente como ya se dijo de la cual se logre establecer la relación causa-efecto, para de esta forma variar o modificar el dictamen proferido por la entidad demandada, y como quiera que se trata de dictámenes emitidos por personal especializado, los mismos son acogidos por esta Sala.

Con base a lo anterior, se concluye que no hay lugar a modificar ni declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación, pues este se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en la

enfermedad diagnosticada, y en los análisis realizados por los médicos tratantes, puesto de trabajo e historia clínica.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de julio de 2022, por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: [35-2017-00423-01](#)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 38-2018-00122-01

Bogotá D.C., junio siete (07) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EPS SANITAS**
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA
GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**
ASUNTO: **RECURSO APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la demandante EPS SANITAS, así como la demandada ADRES presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 29 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

EPS SANITAS instauró demanda ordinaria laboral contra **la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN**

SALUD – ADRES, debidamente con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES en la causación de los perjuicios en la modalidad de daño emergente, irrogados a EPS SANITAS, con ocasión al daño antijurídico derivado del rechazo infundado de 198 recobros con 337 ítems, resultado de la cobertura y suministro efectivo de los servicios NO incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS que ascienden a la suma de \$73.626.405.
2. De acuerdo a la declaración efectuada en el numeral anterior, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y a la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en la modalidad de indemnización del daño emergente, al reconocimiento y pago a favor de EPS SANITAS de la suma de \$73.626.405, correspondiente a 198 recobros con 337 ítems.
3. Se declara la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y a la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en la causación de los perjuicios en la modalidad de daño emergente causados a EPS SANITAS, que ascienden a la suma de \$7.362.640,50, por concepto de los gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS.
4. Conforme la declaración anterior, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y a la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, a título de indemnización del daño emergente, al reconocimiento y pago a favor de la EPS SANITAS la suma de \$7.362.640,50.
5. En la modalidad de lucro cesante, se condene a la demandada a pagar a favor de la demandante intereses moratorios, sobre el monto de que trata la pretensión primera y segunda, liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro y la de pago efectivo de su importe, a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.
6. Costas procesales.

Pretensión subsidiaria:

1. En el evento que no se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios reclamados sobre las sumas reconocidas, se ordene la actualización conforme a las variaciones del índice de precios al consumidor (IPC), desde la fecha en que se venció el plazo para efectuar su pago hasta el día en que efectivamente éstas sean recibidas por la accionante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** contestó la demanda, de acuerdo al auto del 15 de agosto de 2019. Se opone a las pretensiones del(a) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 8 de noviembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en su condición de sucesora procesal de LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda tanto como principales como subsidiarias por la EPS SANITAS.

EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, el Juzgado se consideró relevado del estudio de las propuestas.

COSTAS a cargo de la entidad demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **ESCOGENCIA ERRADA DE LA ACCIÓN:** Señala que ha sido objeto de estudio por parte de las diferentes jurisdicciones, en especial el Consejo

Superior de la Judicatura, en la que ha concluido que la Jurisdicción de lo Laboral y Seguridad Social debe conocer de lo que se debate en el presente asunto, sin que sea la oportunidad procesal para calificar la pertinencia de lo planteado en las pretensiones del presente asunto. Indica que ante la insistente negativa de la demandada en cancel el reconocimiento de estos emolumentos, correspondiéndole a ADRES el reconocimiento de los recobros objeto de la demanda.

2. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Indica que el término de prescripción que fue adoptado por el Juzgado no se ajusta a lo dispuesto en la Ley, en tanto que este termino previsto en el artículo 122 del decreto 019 del 2012 norma que se debe hacer alusión y resaltar, fue derogada según el artículo 158 del decreto ley 2106 de 2019 del 22 de noviembre de esa anualidad, disposición mediante la cual, se dictan parámetros para simplificar, suprimir y reformar trámites procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública. En cuanto a ese análisis que efectúa el despacho se destaca que el referido artículo hace parte del capítulo octavo que se denomina trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de salud y protección social siendo claro que se refiere a trámites y procedimientos administrativos, lo cual de ninguna forma, se puede trasladar a un proceso judicial más aún cuando la norma no hace ninguna alusión al término de prescripción incluido en los códigos procesales.

Conforme lo anterior, solicita se aplique el artículo 151 del CPT y SS, por estar ante un proceso ordinario laboral, el cual hace alusión a una prescripción extintiva de las acciones judiciales, el cual dispone un término de 3 años para que los titulares del derecho acudan ante la jurisdicción para reclamar su reconocimiento, trayendo a colación la sentencia SL4439 de 2017.

3. **CADUCIDAD:** Señala que si bien el Juzgado declaró la caducidad de 337 recobros cuyo pago solicitó se reconocieran, hace referencia a un procedimiento o trámite administrativo a través del cual, se persigue el reconocimiento y pago de los recobros por vía administrativa con una simple solicitud de la entidad recobrante, siempre que se susciten controversias de glosas impuestas.

En segundo lugar, de la lectura de la norma, no se evidencia que haya mencionado el término de caducidad o prescripción del derecho o de la acción judicial en caminata a recobrar los dineros pagados con ocasión a

tecnologías prestadas a usuarios fuera del POS, sino que soluciona divergencias recurrentes suscitadas en la actuación administrativa de recobro, a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos ya existentes, mismo que coincide con el término de caducidad del medio de control de reparación directa de 2 años, sin que sea posible la remisión al término de caducidad.

La finalidad de la norma, indebidamente aplicada, era fijar un término máximo para que se efectuara la conciliación de divergencias recurrentes que se presentasen en el trámite, actuación o procedimiento administrativo de cobro, con unas consecuencias específicas, fijadas tanto en el inciso primero, como en el inciso tercero del artículo bajo análisis, dado que en el artículo 122 ya se indicaba que el término fuera de 2 años, mismo que fue establecido para el medio de control de reparación directa.

En tercer lugar, la mencionada norma se anuncia como procedimiento para el saneamiento de cuentas por recobro, contenida en el capítulo séptimo del Decreto Ley 019 de 2012 el cual se titula “trámites y procedimientos de regulación de sector administrativo de salud y protección social”, el mismo nombre que el legislador otorgó al capítulo octavo del artículo 019 del Decreto 019 de 2012, éste último aplicable únicamente al trámite y procedimiento administrativo que se adelante con el fin que se paguen los recobros, pero no al interior de una reclamación judicial, en el ejercicio de una acción que persiga el pago y recobro, lo que pone una vez más de manifiesto que el artículo 122 del Decreto 019 resulta inaplicable al proceso ordinario laboral. En ese orden, pretender no aplicar el término de prescripción, sería lo mismo que afectar los derechos de un trabajador por el paso del tiempo, aplicando normas derogadas en contra de sus intereses, pasando por alto la norma que regula, sin lugar a discrepancias, la prescripción en materia laboral.

En conclusión, como el artículo 122 del decreto ley 019 del 2012 regula una materia netamente administrativas y diferente al proceso judicial, resulta absolutamente inaplicable en este asunto pues como ya se ha demostrado la norma que debió haber respaldado la disposición del a quo era el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la Seguridad Social.

4. **RECOBROS:** Así las cosas, solicita nuevamente se sirva hacer un estudio pormenorizado de cada uno de los recobros que son objeto de la presente demanda, aplique en debida forma la norma que regula la prescripción para este tipo de asuntos.

Lo anterior, pues si bien en principio la prestación del servicio determina la fecha a partir de la cual debe iniciar el término de prescripción para acudir a la jurisdicción, el mismo se interrumpe ante el trámite administrativo de recobro y hasta tanto este culmine, que para el caso que nos ocupa finaliza con la ratificación de la glosa a través de la respuesta de la pasiva en el formato MYT 04.

Así las cosas, basta con tomar la fecha de radicación de la demanda y restar la prevista en la columna fecha de ratificación de la glosa, para concluir que ninguno de los recobros está sujeto a la temporalidad normativa establecida, aunado al dictamen pericial, prueba ampliamente estudiada, se ha logrado establecer que es ella y no otra la idónea para determinar la viabilidad del reconocimiento de los recobros, otorgando a esta prueba o a este tipo de experticia el valor probatorio necesario para establecer la viabilidad de reconocimiento de estas pretensiones.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado la entidad demandante EPS SANITAS, tiene derecho al reconocimiento de los pagos de recobros de servicios de salud prestados. **2.** Intereses Moratorios. **3.** Excepción de prescripción y **4.** Caducidad.

GENERALIDADES DEL SISTEMA DE SALUD:

Sea lo primero señalar que, si bien el asunto bajo estudio se instauró inicialmente ante la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, específicamente la acción de reparación directa, y con ello, pretendía el pago de una indemnización, sin embargo, al dirimir el conflicto de competencia suscitada, el H. Consejo Superior de la Judicatura asignó la competencia del presente asunto a la jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando en todo caso que el Juzgador de instancia llegó a la conclusión en la sentencia proferida en primera instancia que la parte demandante no pretendía

el reembolso de los recursos correspondientes, sino que por el contrario, reclama una **indemnización de perjuicios derivada del no pago de estos recursos**, razón por la cual se estudiará el reconocimiento y pago del recobro de las facturas, así como los intereses moratorios, relevándose del estudio de la indemnizaciones que hace referencia la parte actora, lo anterior teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación y las mismas manifestaciones efectuadas por el apoderado de la parte demandante.

No obstante lo anterior, de conformidad con las facultades discrecionales que tiene el operador judicial, y en aplicación de la interpretación de la de la demanda, se logra apreciar que lo pretendido por la parte actora es el **recobro de las facturas** relacionadas en el líbello introductorio, pues debe resaltarse que las pretensiones no son confusas ni incoherentes, a efectos de no poder lograr su interpretación, máxime si se tiene en cuenta que la eventual “indemnización” que se señala en la demanda, corresponde a la misma suma que arrojan las diferentes facturas allí relacionadas.

En consecuencia de lo anterior, se procederá a estudiar la eventual condena por el recobro de las 198 facturas pretendidas en el libello introductorio.

Aclarado lo anterior, no fue objeto de controversia la prestación de servicios al proporcionar el medicamento ENSURE de parte de la EPS SANITAS en favor de sus afiliados y/o beneficiarios en cumplimiento de órdenes de tutela, los cuales fueron objeto de recobro ante el ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad.

Con arreglo a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política es deber del Estado garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos la Ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo, para el efecto creó el régimen contributivo y el régimen subsidiado de salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: plan obligatorio de salud – POS hoy denominado plan de beneficios en salud (PBS), financiado con la unidad de pago por capitación (UPC). Así mismo, la ley dispuso la

creación de las entidades promotoras de salud (EPS), responsables de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y de garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados. También la creación de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), encargadas de prestar a los afiliados el plan de beneficios en salud (PBS) (Ley 100 de 1993 artículos 156,157, 159, 177, 178, 179, 181, 183, 185, artículo 14 de la Ley 1122 de 2007).

Del recobro de servicios de salud no incluidos en el POS

Ahora, el plan de beneficios en salud (PBS) se actualiza periódicamente por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, no obstante, no incluye todos los servicios y tecnologías de salud, por tanto, hay insumos, medicamentos y procedimientos no cubiertos, algunos de los cuales son financiados con los recursos públicos de la salud. En consecuencia, desde la Resolución 5261 de 1994, se indicó que toda intervención que no pretenda el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad o que tenga fines cosméticos, estéticos y suntuarios no son financiadas con los recursos públicos de la salud, exclusión que fue reiterada en el artículo 6 del Acuerdo 28 de 2011, el artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011, expedidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud – CRES y finalmente en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual definió un total de seis criterios de exclusión, a partir de los cuales el Ministerio de Salud y Protección Social ha emitido varias resoluciones con el listado de intervenciones no financiadas con recursos públicos de la salud (Resolución 330 de 2017, 5267 de 2017, 687 de 2018, 244 de 2019, 956 de 2020).

De otra parte, hay servicios y tecnologías en salud NO PBS que, en todo caso, si son financiadas con los recursos públicos de la Salud, por cuanto el ejercicio de la autonomía médica y el avance tecnológico conlleva que intervenciones no reconocidas expresamente en las resoluciones que actualizan el plan de beneficios en salud (PBS), pero con evidencia científica de su efectividad para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad sea ordenadas, caso en el cual tales servicios y tecnologías en salud pasan a ser financiadas por la Nación, para los afiliados al régimen contributivo, o por los departamentos en tratándose de los beneficiarios del régimen subsidiado, conforme el artículo 43.2.2. de la Ley 715 de 2001.

De otro lado, el artículo 8° del Acuerdo 083 de 1997 de la CNSS, estableció la posibilidad de ordenar medicamentos NO POS por los comités técnico científicos

(CTC) de la IPS, pero guardó silencio frente tecnologías diferentes a los medicamentos. En consecuencia, la H. Corte Constitucional encontró barreras de acceso al servicio y mediante sentencia T-760 de 2008, ordenó a la CRES regular el trámite para que el médico tratante pueda ordenar servicios no pos distintos a medicamentos y mientras se expedía dicha regulación ordenó a las EPS someter a consideración de los Comités Técnico Científicos la aprobación de dichas intervenciones, al considerar que el derecho fundamental a la salud conlleva la garantía de acceso a los servicios que se requieran, sin importar si están o no en el plan de salud y que los servicios no incluidos, podrían ser recobrados, en el marco de las medidas adoptadas en la Ley 1122 de 2007, para garantizar el paso oportuno de recursos a las IPS.

Para garantizar el flujo de recursos por recobros, la Corte Constitucional ordenó extender el procedimiento de la Resolución 2933 de 2006 no solo a medicamentos sino a todas las intervenciones no pos, requiriendo la adopción de medidas como: *i)* permitir a la EPS iniciar el recobro cuando la decisión de tutela o comité técnico científico esté en firme, *ii)* no condicionar el recobro a que la tutela lo autorice porque basta demostrar que la EPS no está obligada a asumir la intervención conforme el POS, *iii)* limitar el reembolso a la diferencia entre la denominación genérica y de marca, cuando éste último medicamento sea ordenado cumpliendo los requisitos de calidad, seguridad, eficacia y comodidad del usuario.

De los requisitos del recobro de servicios y tecnologías de salud no financiadas con la unidad de pago por capitación (UPC).

Así, la Sala entra a estudiar y analizar la normatividad que circunscribe las situaciones fácticas discutidas en el presente litigio, señalándose en primera medida que con la Ley 100 de 1993 se creó el “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.¹

Así mismo, el Art. 156 de la ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), donde indica que “*Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de*

¹ Consejo Superior de la Judicatura. M.P. DR. JULIA EMMA GARZON DE GOMEZ

protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.

Bajo este escenario, debe precisarse que dentro del sistema de seguridad social en salud creado por la Ley 100 de 1993 en la actualidad aparecen 3 regímenes para tener acceso a la prestación del servicio en salud, en **primer lugar** el régimen contributivo en donde los recursos provienen de los aportes de empleados y empleadores, en **segundo lugar** régimen subsidiado en donde los recursos son recibidos del estado y manejados por las administradoras de régimen subsidiado y en **tercer lugar** el régimen que atañe a los vinculados del cual hacen parte aquellas personas no afiliadas a los dos primeros sistemas pero que atendiendo la necesidad de cobertura del sistema de salud se extiende para cubrir a toda la población, en esta caso este régimen es transitorio hasta cuando el estado cumpla con su vinculación a los sistemas principales.

Es de referir que la COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD (CRES), organismo gubernamental del Sector Salud en Colombia, como unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, creada mediante la Ley 1122 del 2007, encargada del Plan Obligatorio de Salud –POS- y la Unidad de pago por Capitación –UPC-, fue liquidada mediante Decreto 2560 de diciembre de 2012, y todas sus funciones y competencias fueron trasladadas al Ministerio de Salud y Protección Social.

Posteriormente, con el Decreto 1429 de 2016, creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), que tiene como objeto administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, esto es, los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad.

Sobre el particular, el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002, consagra el trámite que deben surtir las cuentas de cobro presentadas por las IPS, indicando que su pago no se puede condicionar a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando sea requerido y a la demostración de la efectiva prestación

del servicio. A su vez, el artículo 13 *ibídem*, en su redacción original, consagró que cualquier cobro con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga (hoy en día Adres conforme el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015) sería adelantado ante su administrador fiduciario.

Ahora, de conformidad con el contenido de las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5033 de 2008, 4377 de 2010, 1089 de 2011, 1383 de 2011, 2064 de 2011, 2256 de 2011, 28 de 2012, 2851 de 2012, 3408 de 2012, 3086 de 2012, 458 de 2013, 803 de 2013, 2482 de 2013, 2729 de 2013, 5073 de 2013, 5395 de 2013, 1479 de 2015, 1328 de 2016, 2158 de 2016, 3951 de 2016, 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018, 2438 de 2018, 3055 de 2018, 5871 de 2018, 848 de 2019, 1343 de 2019, 2966 de 2019, 3514 de 2019, 894 de 2020 los requisitos mínimos que debe cumplir la EPS para recobrar son:

- i) Que la EPS haya pagado a la IPS el suministro efectivo de la tecnología, a través de la factura o documento equiparable.
- ii) La conexidad entre el servicio brindado y la tecnología ordenada por el profesional médico, el fallo de tutela o el acta del CTC.
- iii) Que el servicio sea no pos y que no pueda ser sustituido con tecnologías incluidas en dicho Plan.
- iv) Que se radique la solicitud en los formatos dispuestos, aportando los anexos exigidos y dentro del término consagrado para ello.

A su vez, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, previó la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran no conformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite. Además, la Sala se remite a los artículos 9 a 24 de la Resolución 3099 de 19 de agosto de 2008, que dispone el procedimiento para efectuar cobros al Fosyga por medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidos en el POS, ordenados por fallos de tutela.

En el caso bajo examen, se tiene en primer lugar que la entidad accionante SANITAS EPS está actuando en calidad de Entidad Prestadora de Salud, el cual debe garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, por acatamiento de fallos de tutela de carácter integral.

Ahora bien, señala el numeral 2º del artículo 3º de la Resolución 395 de 2016:

“Recobro. Solicitud presentada por una entidad recobrante ante el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA o quien haga sus veces, a fin de obtener el pago de cuentas por concepto de servicios o tecnologías en salud **no** cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, cuyo suministro fue garantizado a sus afiliados y prescrito por el profesional de la salud u ordenados por fallos de tutela”

Por otro lado, el Art. 5 ibídem señala:

“Artículo 5. Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. La prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS-EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerio, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social - SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.

De manera excepcional, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), las Entidades Obligadas a Compensar (EOC) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) serán responsables de adelantar el reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, cuando éstos sean ordenados mediante fallos de tutela en caso de que se requiera, por situaciones de contingencia o para registrar las decisiones adoptadas por las Juntas de Profesionales de la Salud.”

Por razones de método, la Sala comenzará a estudiar lo relacionado a la excepción de prescripción, señalando, entre otras cosas, el apoderado de la parte demandante que no es posible aplicar el artículo 122 del Decreto 019 de 2012, normativa que fue derogada por el artículo 158 del Decreto Ley 2106 de 2019, conforme lo indicó el Juez de instancia, sino que por el contrario, debe aplicarse el artículo 151 del CPT y SS, puesto que estamos frente a un proceso ordinario laboral, dicho artículo regula el fenómeno prescriptivo, el cual señala un término de 3 años para que los titulares de los derechos acudan ante la Jurisdicción para reclamar el reconocimiento de un derecho. Además, que dicho lapso comienza a contabilizarse desde el momento en el cual, la obligación se hizo exigible, y que la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, trayendo a colación las sentencias SL 4439 de 2017, SL 24204 de 2005, reiterada por la sentencia SL 37864 de 2012.

En ese sentido, indica que al revisar el Art. 2530 del Código Civil como regla general de la prescripción, el párrafo quinto establece que el tiempo de la prescripción no se contará en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer el derecho, mientras la imposibilidad subsista. En ese sentido, para la EPS es imposible hacer exigible un derecho al no tener conocimiento del momento exacto de la prestación del servicio y del cual solo se entera a través del cobro que realiza la IPS, precisando que las reclamaciones datan de 2016 y 2018, y la fecha de la última ratificación de MYT 04 fue el 6 de marzo de 2014, la reclamación data del 18 de febrero de 2015, y la demanda se radicó el 13 de diciembre de 2016, concluyendo que, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primer grado, no transcurrieron el término trienal, por el contrario, al objetar las glosas, surtiendo el trámite administrativo, quedando el término prescriptivo interrumpido con la presentación de la reclamación administrativa, conforme el Art. 6 del CPT y SS, que no solo le es aplicable a los trabajadores públicos en virtud de las sendas decisiones del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral colegiatura, que ha señalado en diferentes autos que esta norma debe ser interpretada de forma extensa y esta reclamación se exige como requisito de procedibilidad, entonces sí hay una obligados a presentar una reclamación y también en nuestro derecho legal de exigir los beneficios que se derivan de dicha reclamación cuál es la interrupción de la prescripción y en esta línea argumentativa hay una fecha de radicación y presentación que no superaron los 3 años, entonces debería entenderse que no ha operado el fenómeno de la prescripción, razón por la cual considera debe haber una revocatoria de la sentencia que dicta el juez en primera instancia.

De entrada se advierte que el argumento del apelante referido a la no aplicación de la caducidad, carece de fundamento en la medida en que la Corte Constitucional, definió el asunto de competencias a partir del Auto 389 del 22 de julio de 2021 reiterado en el Auto 744 del mismo año, mediante los cuales se establece que por la naturaleza del asunto, las pretensiones como las aquí formuladas son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En esa medida se realizará un recuento normativo, empezando por señalar que la Ley 100 de 1993, creó el “Sistema de Seguridad Social Integral”, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con los postulados constitucionales, mediante la protección de las contingencias que la afecten , y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

A su vez, el Art. 156 de la Ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.

Entre tanto, el artículo 7.º del Decreto 806 de 1998, prevé que el Plan Obligatorio de Salud: *“Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

No obstante, cuando un servicio médico, procedimiento y/o los medicamentos no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, está en la obligación de brindarlo, y presentar ante el FOSYGA hoy ADRES, la cuenta de recobro.

Por su parte, el art. 11 de la Ley 1608 de 2013, establece que *“los recobros y reclamaciones que se realizan al Fosyga cuya glosa de carácter administrativo hubiese sido notificada con anterioridad a la expedición de la presente Ley, y sobre los cuales no haya operado el término de caducidad de la acción contenciosa administrativa correspondiente, solo se exigirán para su reconocimiento y pago los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación. Las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Salud habilitadas. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá permitir que los documentos de soporte de los cobros o reclamaciones ante el Fosyga sean presentados a través de imágenes digitalizadas o de la tecnología que para tal efecto defina dicha entidad”*.

El aparte respectivo de la norma, se reglamentó por el Decreto 347 de 2013, que en su lo pertinente, establece que:

«Art. 7º. Procedencia del reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones con glosa de carácter administrativo. Los recobros o reclamaciones de que trata el inciso cuarto del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013, en concordancia con el presente decreto, sobre los cuales procederá el reconocimiento y pago, serán aquellos:

1. *Que cumplan con los elementos esenciales a que refiere el presente decreto y se acrediten según lo dispuesto en el artículo anterior.*
2. *Respecto de los cuales las entidades recobrantes o reclamantes hayan sido notificadas de la imposición de la glosa antes de la entrada en vigencia de la Ley 1608 de 2013, esto es, del 2 de enero de 2013.*
3. *Respecto de los cuales no haya operado el término de caducidad prevista para la acción de reparación directa en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
4. *Tratándose de recobros, que estos no hayan sido glosados por considerar que la tecnología en salud se encontraba incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS), como causal única.*

Art. 8°. *Términos y formatos para la presentación de las solicitudes de recobro y/o reclamación objeto de esta medida. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá los criterios de evaluación de los elementos esenciales, los periodos de radicación que las entidades recobrantes o reclamantes deberán atender, los formatos que deberán diligenciar, así como los términos en que se surtirá el trámite de reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones de que trata el inciso cuarto del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013»*

Ahora, las normas transcritas establecen que en esta clase de eventos, resulta aplicable el medio de control de reparación directa de que trata el art. 164 del CPACA, y además, la Sala de lo Contencioso Administrativo - Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, rememoró en providencias del 29 de julio de 2021 en el radicado n.º 25000-23-26-000-2010-00453-01(51179) y del 11 de abril de 2019, dictada dentro de la radicación n.º 25000 23 36 000 2016 01506 01 (), que por regla general, la acción idónea para buscar el pago de los dineros adeudados por recobros efectuados al Ministerio de Salud y Protección Social, si tuvo origen en un acto administrativo, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, pero si consistió en un hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la Administración deberá verificarse a través de la acción de reparación directa.

Incluso la misma Corporación, en sentencia del 19 de febrero de 2018 proferida dentro de la radicación n.º 52000 23 31 000 2009 00534 01 (42757), confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que declaró la caducidad de la acción de reparación directa ventilada entre la EPS Sanitas SA y La Nación - Ministerio de Protección Social, con ocasión de recobros ante el Fosyga, por medicamentos y servicios médicos no incluidos en el plan obligatorio de salud POS. Se pueden consultar al respecto, igualmente las sentencias del 29 de septiembre de 2006 rad. 41001 23 31 000 2004 01533 01 (30550) y del 19 de septiembre de 2007 rad. 76001 23 31 000 1994 00916 01 (16010).

Queda claro entonces que, como las actuaciones del Fosyga, hoy Adres, se asumen en nombre y representación del Estado, el hecho de «glosar, devolver o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos, insumos o tratamientos no

incluidos en el Plan Obligatorio de Salud –NO POS-, constituyen actos administrativos, particulares y concretos, y por ende, es viable la remisión a la cláusula de competencia general prevista en el art. 104 de la Ley 1437 de 2011, para la jurisdicción de lo contencioso administrativo; criterio este, que acogió igualmente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones APL4069-2022, APL1531 y APL3522 ambas de 2018, en las que se resolvieron conflictos suscitados entre juzgados laborales y civiles, respecto de materias similares a la que hoy se ventila, disponiendo su remisión a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá.

Es más, en recientes proveídos de la Sala de Casación Laboral de nuestro Máximo Órgano de Cierre, se estableció que el conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el plan de beneficios de salud (PBS), corresponde a los jueces contencioso administrativos, en virtud de los factores subjetivo y funcional y de lo dispuesto en el inc. 1.º del art. 104 de la Ley 1437 de 2011, al margen de que la accionada sea la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social - ADRES, siempre y cuando, en estos casos, la demandada se trate de una entidad pública, pues la decisión de reconocer o no el pago de las obligaciones por concepto de recobro, subyace de una actuación de la administración (CSJ AL4549 y AL4122 ambos de 2022).

De igual forma, en autos A-389, A-794, A-1038, A-1052 y A1112 todos del año 2021 proferidos por la Corte Constitucional, y en el primero se trajo a colación entre otras providencias las sentencias 25000-23-26-000-2010-00281-01(45650) del 3 de abril de 2020 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, C-383-2020 y C-162 de 2021 de constitucionalidad del Decreto Legislativo 800 de 2020 y la Ley 1949 de 2019, de ahí que dicha Colegiatura, concluyó por una parte, que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social, porque tal procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio (tratamiento o suministro de insumos excluido del PBS), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela, y por ende, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación y resuelve un desequilibrio económico entre el Estado y una EPS, por haber asumido esta última, obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir, sin que intervengan en modo alguno afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores, como lo prevé el art. 622 del CGP, que modificó el núm. 4º del art. 2º del CPTSS; pues constituye una garantía a favor de las EPS, con la finalidad de que estas puedan

reclamar el reembolso de los servicios y tecnologías prestados (art. 3.13 de la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social).

Frente a este último tema, el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, previó lo siguiente: *“las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”*.

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.

(...)”

Adicionalmente, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, reguló la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite:

“TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando este sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán

formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud. Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas. Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

La normativa descrita, especialmente lo preceptuado en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 (que modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002), que contempla la caducidad de la acción en 2 años, conducía a considerar que este tipo de asuntos se tramitaban bajo la égida de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, entendimiento que incluso es posible advertir de la técnica argumentativa con la que se presentaban las demandadas, la que se asociaba a la utilizada en la referida jurisdicción, lo que generó la presentación de diversos conflictos de competencia en casos como el analizado, en donde al ser el asunto asignado a esta jurisdicción (laboral), se consideraba que el mismo debía someterse al trámite contemplado en nuestros estatutos procesales y sustantivos y por ello en estos casos por ejemplo se aplicó la prescripción trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, conforme lo argumenta el apelante.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante el Auto 389 del 22 de julio de 2021, definió la competencia judicial para tramitar los asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS (hoy PBS) y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSS, reiterando en Auto 744 de 2021, lo siguiente:

“(…)

10. Según lo resuelto en el Auto 389 de 2021, la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSSS recae en los jueces contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES.

11. Este tipo de controversias no corresponden a las previstas en el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social^[16], en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores.”

Así las cosas, lo primero que ha de señalar es que no fue objeto de controversia la prestación de servicios al proporcionar a sus afiliados el medicamento ENSURE en favor de sus afiliados y/o beneficiarios en cumplimiento de órdenes de tutela, los cuales fueron objeto de recobro ante el FOSYGA, hoy ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad.

Con arreglo a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política es deber del Estado garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos la Ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo, para el efecto creó el régimen contributivo y el régimen subsidiado de salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: plan obligatorio de salud – POS hoy denominado plan de beneficios en salud (PBS), financiado con la unidad de pago por capitación (UPC). Así mismo, la ley dispuso la creación de las entidades promotoras de salud (EPS), responsables de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y de garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados. También la creación de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), encargadas de prestar a los afiliados el plan de beneficios en salud (PBS) (Ley 100 de 1993 artículos 156,157, 159, 177, 178, 179, 181, 183, 185, artículo 14 de la Ley 1122 de 2007).

Así las cosas, se dará aplicación al término de caducidad contemplado en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 (que modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002), conforme se ha explicado a lo largo de ésta providencia.

Conforme lo expuesto, se procedió a revisar cada una de las 198 facturas, con los 337 ítems, con el fin de verificar si se configura la caducidad respecto de cada una de ellas, observando lo siguiente:

No.	Factura	No. ítem	Fecha prestación servicio	Fecha radicación MYT 01 Y 02	Fecha notificación glosa MYT 01 y 02	Presentación demanda	CADUCIDAD
1	100716245	3	7/01/14	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
2	100716245	4	7/01/14	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
3	100940589	1	24/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
4	100940589	2	24/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
5	100940503	2	22/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
6	100940069	1	16/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
7	100940069	2	16/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
8	100940016	1	14/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
9	100940016	2	14/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
10	100939696	1	10/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
11	100939696	2	10/01/14	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
12	100911170	1	8/07/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
13	100911170	2	8/07/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
14	100911157	1	19/07/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
15	100911157	2	19/07/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
16	100911134	1	30/05/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
17	100911134	2	30/05/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
18	100910821	7	3/07/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
19	100910770	1	25/06/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
20	100910709	1	20/06/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
21	100910709	2	20/06/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
22	100910691	1	30/04/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
23	100910691	2	30/04/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
24	100910691	3	30/04/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
25	100910682	1	9/04/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
26	100910682	2	9/04/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
27	100910682	3	9/04/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
28	100910656	1	22/06/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
29	100910656	3	22/06/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
30	100910654	1	28/02/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
31	100910654	2	28/02/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
32	100871397	1	2/01/14	17/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
33	100715088	1	31/12/13	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
34	100665944	1	21/12/13	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
35	100665944	3	21/12/13	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
36	100663001	3	21/11/13	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
37	101022844	1	3/12/13	20/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
38	101022844	2	3/12/13	20/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
39	101022844	3	3/12/13	20/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
40	100810040	3	22/04/13	17/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
41	100888557	3	6/09/13	19/02/14	1/07/14	6/03/18	SI
42	100777857	2	6/08/13	12/02/14	1/07/14	6/03/18	SI

43	101622562	1	21/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
44	101622562	2	21/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
45	101622489	2	7/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
46	101622489	3	7/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
47	101622420	1	13/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
48	101622420	2	13/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
49	101622420	3	13/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
50	101622328	2	18/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
51	101622282	1	18/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
52	101622282	2	18/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
53	101622152	2	17/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
54	101622152	3	17/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
55	101622076	1	12/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
56	101622076	2	12/02/14	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
57	101400794	1	7/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
58	101400794	2	7/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
59	101400794	4	7/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
60	101400717	2	4/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
61	101400717	3	4/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
62	101400702	1	1/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
63	101400702	2	1/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
64	101400485	1	5/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
65	101400485	2	5/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
66	101400476	1	5/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
67	101400476	2	5/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
68	101400475	2	5/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
69	101400475	3	5/02/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
70	101399955	1	25/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
71	101399955	2	25/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
72	101399946	1	24/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
73	101399946	2	24/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
74	101346206	1	24/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
75	101346206	2	24/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
76	101346061	3	8/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
77	101346061	2	8/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
78	101346061	1	8/01/14	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
79	101345939	2	23/12/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
80	101345939	1	23/12/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
81	101345734	3	6/12/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
82	101345734	2	6/12/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
83	101345734	1	6/12/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
84	101345673	2	25/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
85	101345673	1	25/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
86	101345643	3	21/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
87	101345643	2	21/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
88	101345643	1	21/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
89	101345554	2	7/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI

90	101345554	1	7/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
91	101345553	2	7/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
92	101345553	1	7/11/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
93	101345528	2	25/10/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
94	101345528	1	25/10/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
95	101689031	1	29/01/13	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
96	101689031	2	29/01/13	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
97	101735820	2	1/06/13	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
98	101735820	1	1/06/13	20/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
99	101402518	1	6/03/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
100	101402518	2	6/03/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
101	101402530	3	28/09/12	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
102	101983219	1	6/03/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
103	101983219	2	6/03/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
104	101982558	1	4/03/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
105	101982558	2	4/03/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
106	101979651	1	4/03/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
107	101979651	2	4/03/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
108	101977477	1	28/02/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
109	101977477	2	28/02/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
110	101972599	1	20/02/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
111	101972599	2	20/02/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
112	102299150	1	15/02/14	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
113	102298927	1	6/02/14	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
114	102298715	1	4/02/14	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
115	102298292	1	18/12/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
116	102298292	2	18/12/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
117	102298024	1	15/11/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
118	102298024	2	15/11/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
119	102297968	1	17/06/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
120	102297968	2	17/06/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
121	102297963	1	10/05/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
122	102297963	2	10/05/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
123	102297956	1	9/04/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
124	102297956	2	9/04/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
125	102297959	1	13/02/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
126	102297959	2	13/02/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
127	102060076	1	3/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
128	102060076	2	3/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
129	102059947	1	10/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
130	102059947	2	10/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
131	102059934	1	1/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
132	102059934	2	1/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
133	102059692	1	3/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
134	102059692	2	3/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
135	102059632	1	5/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
136	102059632	2	5/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI

137	102059248	1	13/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
138	102059248	2	13/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
139	102059248	3	13/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
140	102059235	1	3/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
141	102058520	1	24/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
142	102058520	2	24/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
143	102058520	3	24/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
144	102058503	1	25/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
145	102058457	1	25/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
146	102058457	2	25/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
147	102058341	1	16/01/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
148	102058341	2	16/01/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
149	102058341	3	16/01/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
150	101863519	1	2/01/14	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
151	101863385	1	19/12/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
152	101863385	2	19/12/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
153	101863385	3	19/12/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
154	101863123	1	2/12/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
155	101862711	2	25/02/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
156	101862711	3	25/02/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
157	101955012	1	21/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
158	101955012	2	21/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
159	101955004	1	21/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
160	101955004	2	21/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
161	102176325	1	25/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
162	102176325	2	25/03/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
163	102232106	1	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
164	102232106	2	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
165	102232106	3	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
166	102232106	4	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
167	102232106	5	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
168	102232106	6	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
169	102232106	7	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
170	102232106	8	14/02/14	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
171	102291533	1	8/11/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
172	102291533	2	8/11/13	21/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
173	101863906	3	1/11/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
174	102051038	2	2/10/12	15/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
175	101864678	1	8/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
176	101864678	2	8/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
177	101864678	3	8/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
178	101864756	3	28/09/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
179	101864756	4	28/09/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
180	101864804	1	15/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
181	101864804	3	15/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
182	101864813	1	11/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
183	101864823	1	19/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI

184	101864823	2	19/10/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
185	101864842	1	26/06/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
186	101864842	2	26/06/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
187	102393966	1	4/04/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
188	102393966	2	4/04/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
189	102388930	1	25/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
190	102388930	2	25/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
191	102388930	3	25/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
192	102388679	1	28/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
193	102388679	2	28/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
194	102388679	3	28/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
195	102388679	4	28/03/14	14/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
196	102834929	1	7/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
197	102834429	2	8/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
198	102798122	1	7/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
199	102798081	1	4/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
200	102797947	1	2/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
201	102797947	2	2/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
202	102797947	4	2/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
203	102797807	2	1/04/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
204	102797619	2	31/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
205	102797619	3	31/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
206	102797619	4	31/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
207	102797410	2	28/03/14	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
208	102797186	1	25/03/14	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
209	102797186	2	25/03/14	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
210	102796962	5	27/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
211	102796962	1	27/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
212	102796961	3	27/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
213	102796961	1	27/03/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
214	102796844	3	25/02/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
215	102796844	2	25/02/14	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
216	102788343	1	21/04/14	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
217	102880292	1	4/01/13	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
218	102880858	1	8/02/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
219	102798250	2	10/12/12	16/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
220	102829778	4	18/11/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
221	102838806	2	3/09/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
222	102611800	1	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
223	102611800	2	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
224	102611800	3	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
225	102611800	4	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
226	102611800	5	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
227	102611800	6	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
228	102611800	7	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
229	102611800	8	22/10/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
230	102611833	1	6/09/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI

231	102611833	2	6/09/13	15/05/14	1/09/14	6/03/18	SI
232	103190437	1	3/09/13	12/06/14	17/09/14	6/03/18	SI
233	103190437	2	3/09/13	12/06/14	17/09/14	6/03/18	SI
234	101402201	1	28/08/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
235	101402201	2	28/08/13	17/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
236	57413380	1	14/03/12	12/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
237	25792672	1	24/02/11	13/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
238	25792746	1	26/05/11	13/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
239	26204510	1	24/10/13	10/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
240	26235105	1	23/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
241	104207843	1	27/06/14	13/08/14	23/10/14	6/03/18	SI
242	103657293	1	29/04/14	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
243	103657228	1	26/04/14	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
244	106519691	1	10/06/13	18/11/14	24/12/14	6/03/18	SI
245	106464577	1	29/10/14	18/11/14	24/12/14	6/03/18	SI
246	106712003	1	7/11/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI
247	106912579	1	2/07/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI
248	106842997	1	5/11/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI
249	107253169	1	3/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
250	107252021	1	29/11/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
251	107221264	1	8/10/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
252	107487814	1	6/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
253	107981158	1	2/01/15	12/02/15	23/04/15	6/03/18	SI
254	109345358	1	18/03/15	15/04/15	15/07/15	6/03/18	SI
255	108832882	1	20/02/15	16/03/15	18/06/15	6/03/18	SI
256	108938582	1	21/04/14	16/03/15	18/06/15	6/03/18	SI
257	46663358	1	4/01/11	15/02/11	26/04/11	6/03/18	SI
258	25656088	1	3/10/11	11/04/13	18/06/13	6/03/18	SI
259	25886366	1	2/04/13	15/07/13	12/09/13	6/03/18	SI
260	26204525	1	21/10/13	10/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
261	26205696	1	17/10/13	10/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
262	26232419	1	21/06/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
263	26232521	1	19/07/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
264	26233648	1	30/10/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
265	26233772	1	31/10/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
266	26233943	1	29/10/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
267	26234473	1	1/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
268	26234519	1	5/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
269	26234534	1	5/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
270	26235076	1	20/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
271	26235592	1	18/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
272	26235890	2	19/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
273	26236497	1	15/11/13	13/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
274	57413376	1	30/04/12	12/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
275	57590710	1	20/02/12	16/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
276	57590884	1	16/04/12	16/12/13	27/03/14	6/03/18	SI
277	106912976	3	4/08/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI

278	106843064	2	1/11/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI
279	106842262	1	31/10/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI
280	106842000	3	30/10/14	15/12/14	18/02/15	6/03/18	SI
281	107478363	1	1/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
282	107247930	1	2/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
283	107247841	1	29/11/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
284	107247824	1	25/11/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
285	107247505	1	28/11/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
286	107247500	1	28/11/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
287	107675697	1	22/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
288	107675070	1	24/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
289	107528091	1	15/08/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
290	107257192	1	19/06/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
291	107257189	1	6/05/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
292	107486645	1	10/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
293	107488335	1	12/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
294	107488727	1	19/12/14	15/01/15	24/03/15	6/03/18	SI
295	107976417	1	29/12/14	12/02/15	23/04/15	6/03/18	SI
296	107993644	1	1/12/14	12/02/15	23/04/15	6/03/18	SI
297	107991906	2	10/12/14	12/02/15	23/04/15	6/03/18	SI
298	108825860	1	11/02/15	16/03/15	18/06/15	6/03/18	SI
299	25792869	2	18/10/11	13/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
300	25792869	1	18/10/11	13/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
301	25808702	3	20/05/11	14/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
302	25808702	1	20/05/11	14/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
303	25808839	1	22/08/11	14/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
304	25823725	1	23/05/13	17/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
305	25823725	2	23/05/13	17/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
306	25823725	3	23/05/13	17/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
307	25823725	4	23/05/13	17/06/13	15/08/13	6/03/18	SI
308	57103382	9	26/02/11	15/11/13	4/02/14	6/03/18	SI
309	57103382	8	26/02/11	15/11/13	4/02/14	6/03/18	SI
310	100426004	2	6/02/13	15/01/14	9/06/14	6/03/18	SI
311	100426004	1	6/02/13	15/01/14	9/06/14	6/03/18	SI
312	103268317	2	14/01/13	16/06/14	12/09/14	6/03/18	SI
313	103268317	1	14/01/13	16/06/14	12/09/14	6/03/18	SI
314	100911092	2	27/05/13	19/02/14	4/07/14	6/03/18	SI
315	100911092	3	27/05/13	19/02/14	4/07/14	6/03/18	SI
316	100911053	2	28/06/13	19/02/14	4/07/14	6/03/18	SI
317	100911053	3	28/06/13	19/02/14	4/07/14	6/03/18	SI
318	101274533	2	15/11/12	11/03/14	17/07/14	6/03/18	SI
319	104600586	1	20/03/12	15/08/14	23/10/14	6/03/18	SI
320	101848834	3	3/01/13	14/04/14	6/08/14	6/03/18	SI
321	104105267	2	2/08/14	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
322	104105267	1	2/08/14	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
323	104105134	7	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
324	104105134	6	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI

325	104105134	5	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
326	104105134	4	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
327	104105134	3	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
328	104105134	2	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
329	104105134	1	26/11/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
330	104105056	2	28/08/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
331	104105056	1	28/08/13	18/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
332	103658395	1	1/04/13	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
333	103658395	2	1/04/13	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
334	103658395	3	1/04/13	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
335	103658395	4	1/04/13	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
336	103658395	5	1/04/13	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI
337	103658395	6	1/04/13	15/07/14	30/09/14	6/03/18	SI

Así las cosas, se puede concluir que desde la **fecha de notificación de la glosa**, y la **presentación de la demanda**, la totalidad de las facturas se encuentran afectadas por el fenómeno de caducidad, pues se reitera, transcurrió más de dos años desde la fecha de notificación de la glosa y la presentación de la demanda, frente a lo cual, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

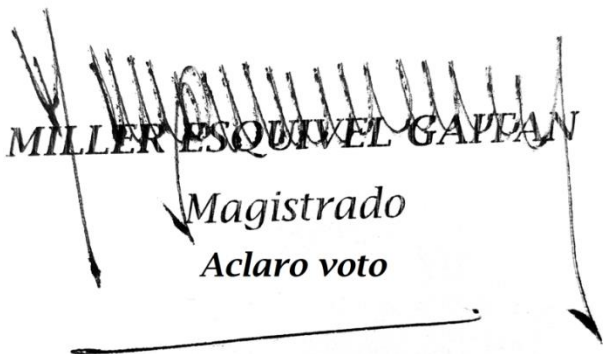
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2021 por el Juzgado treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá la sentencia de primer grado, de acuerdo a las consideraciones que anteceden.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
Aclaro voto



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Enlace expediente digital: [38-2018-00122-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral - Sentencia
Demandante: EPS Sanitas
Demandado: ADRES
Radicación: 11001 31 05 038 2018 00122 01

Respetuosamente manifiesto, que me aparto de las consideraciones de la decisión en torno a la excepción de prescripción, por cuanto considero que debía darse aplicación al término de prescripción de 3 años, y no al de caducidad de 2 años como se hizo, en tanto que el trámite impartido es el de un proceso laboral, mas allá de que la competencia en estos asuntos haya sido definida por la Corte Constitucional en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que el conocimiento de este proceso en particular, fue asignado a la jurisdicción ordinaria laboral.

Además, ello está en consonancia con decisiones del Consejo de Estado, en las que se aplica el mismo término de 3 años de prescripción, por tratarse de facturas cambiarias, y es así como en la sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, precisó:

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, en mi sentir debe tenerse como interrupción del término de prescripción de 3 años, la presentación de la reclamación para el pago de las facturas en los formatos dispuestos para ello y su contabilización reiniciaría de nuevo una vez notificada la glosa efectuada por la entidad.

Hasta aquí las razones de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **d0965d01b7fa4b033c77592690940d813b038a1bdd5fac5ea8c4a3f4ac3ceb5a**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:30 AM

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

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