

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-027-2020-00041-01
DEMANDANTE:	EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 3 de octubre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Inexistencia traslado régimen
-DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 3 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-027-2020-00041-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**
*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

Página 1 de 12

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad de la solicitud de vinculación al fondo de pensiones PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, se declare la ineficacia de la solicitud de traslado y del cambio de régimen pensional. Que se declare la afiliación a COLPENSIONES desde el año 1995, y que en el evento en que PORVENIR S.A. hubiere trasladado los aportes los reintegre al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo anterior aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 1995 como afiliada al extinto ISS. Que el 30 de noviembre de 2009, PORVENIR S.A. a través de un asesor comercial realizó una afiliación a su nombre sin su consentimiento y falsificando su firma y sin poner la huella dactilar.

Indicó, que el 26 de enero de 2010, a través de derecho de petición informó a PORVENIR S.A. de la situación fraudulenta de traslado y por ende dicha Administradora procedió a suspender los trámites de solicitud de vinculación al RAIS. Que, el 28 de noviembre de 2018, Colpensiones reconoció que al auscultar la base de datos de su sistema de fondo de pensiones SIAFP que el mencionado traslado a PORVENIR S.A. fue anulado a raíz de las irregularidades presentadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, adujo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la

¹ Folios 0-1- 15 archivo 01 del ED.

² Folios 01-41 archivo 11 del ED.

accionante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

PORVENIR S.A.³

La administradora no se opuso a las pretensiones, toda vez, que desde el mes de abril del año 2010 anuló la vigencia de la cuenta de ahorro individual de la demandante. De igual forma, se observa en la página del Sistema de Información de Afiliados a los Fondo de pensiones y Cesantías (SIAFP) su vinculación con COLPENSIONES que es efectiva, por lo que la vigencia con esta AFP a la luz de este certificado nunca nació a la vida jurídica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de octubre del 2023, resolvió lo siguiente:

³ . Folios 01-104 archivo 14 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

“PRIMERO: DECLARAR inexistente el traslado al RAIS efectuado por la señora EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 2009, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que la señora EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1995 sin solución de continuidad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que continúe recibiendo los aportes al sistema de seguridad social en pensiones de la señora EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ en calidad de ACTIVO COTIZANTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (..).

Como fundamento de su decisión, destacó que el problema jurídico a resolver es si la afiliación al RAIS es nula por las irregularidades reconocidas por PORVENIR S.A. y no la declaratoria de ineficacia de traslado por falta de información clara y precisa conforme lo expuso Colpensiones en la contestación de la demanda. Citó, los artículos 13, 16 y 20 de la Ley 100 de 1993, para señalar que la actora no diligenció el formulario de afiliación de fecha 30 de noviembre de 2009 a la administradora Porvenir S.A., por ende, dicha AFP mediante comunicación del 1 de marzo de 2010, informó a la actora que revisados los hechos irregulares alegado procedió a suspender la afiliación al RAIS y consideró que la afiliación era inválida.

Conforme a ello, explicó que la selección al régimen de pensiones o el traslado entre regímenes es una manifestación de voluntad precedida por unos requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, expresión de voluntad que para el caso de autos no ocurrió, y que así fue reconocido por la AFP PORVENIR S.A., quien procedió a suspender los trámites de vinculación y declaró inválida la afiliación. Estimó, que Colpensiones el 12 de julio de 2018, certificó que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPM desde el año 1995.

Indicó, que Colpensiones reconoció la vinculación de la demandante, y recibió todas las cotizaciones de la demandante desde el año 1995 hasta el

año 2017, sin objeción alguna. Por tanto, deduce que Colpensiones de manera injustificada ha venido exigiendo requisitos y trabas innecesarias luego de 10 años, a sabiendas que el traslado a Porvenir S.A. nunca efectuó efecto; además del desgaste innecesario de la administración de la justicia.

Por último, llamó la atención de la administradora del RPM al no analizar ni siquiera los hechos y pretensiones de la demanda y proceder a dar la contestación de la demanda mediante un formato o minuta de un caso diferente al objeto de debate.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES atacó la integralidad del fallo, e insiste que es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Adujo, que dentro del plenario no quedó demostrado los vicios de consentimiento, en especial el error alegado por la demandante en el escrito introductorio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, el grado jurisdiccional de consulta a favor de

Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si acertó la Juez de instancia al declarar que la señora EDNA YOLIMA SUAREZ RODRÍGUEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES desde el 1 de enero de 1995.

CONSIDERACIONES

Es de señalar, inicialmente que llama la atención de la Sala que desde la contestación de la demanda la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES abordó su defensa como si se tratará de una ineficacia de traslado por falta de información y que nuevamente reiteró en el recurso de apelación sin advertir que los hechos y pretensiones de la demanda estaban encaminados en convalidar su afiliación a COLPENSIONES desde el 1° de enero de 1995.

Así las cosas, procede la Sala a relevarse del estudio de los argumentos expuestos por la demandada en el recurso de apelación y declarar desierta la alzada, pues no guarda relación ni ataca lo expuesto por la Juez de primera instancia en la sentencia que fulminó primera instancia. En consecuencia, se procede al estudio del grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, por ser la decisión adversa a la entidad, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de enero de 1995, para un total de 1091 semanas, como se evidencia en el certificado de reporte de semanas de fecha 23 de agosto de 2022; ii) que según certificación expedida por Colpensiones el 12 de julio de 2018, la demandante se encuentra afiliada desde el 24 de enero de 1995 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrador por COLPENSIONES y su estado es activo cotizante. (pág. 1 del archivo 04 del cartapacio digital).

Es de señalar, que el sistema pensional colombiano contempló la coexistencia de dos regímenes, pero excluyentes entre sí, dada la disímil naturaleza⁴ que cada uno de ellos posee y, precisamente por esa coexistencia, concedió al afiliado la potestad de escoger⁵ a cuál de ellos quería pertenecer; esta selección implica la aceptación de las condiciones propias de cada uno para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes y demás prestaciones económicas a que haya lugar. Ahora, si bien el legislador permitió la libertad de selección al afiliado, expresamente estableció la incompatibilidad de distribución de cotizaciones obligatorias entre el R.P.M. y del R.A.I. S⁶.

Y ante la posibilidad de escogencia y la imposibilidad de distribución de aportes en los dos regímenes, la normatividad del sistema pensional determinó, entre otros aspectos, la forma en que operaban los traslados entre éstos.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establecía que *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, **contados a partir de la selección inicial**”* (Subraya y negrita fuera de texto original).

Luego, el artículo 15 del Decreto 692 de 1994 compilado en el artículo 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016 reglamentó el tema e indicó que:

“Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior. Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

a) Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales. La expedición de los bonos se regirá por lo dispuesto en el artículo 18 del presente Decreto y la

⁴ Ley 100 de 1993. Artículo 12

⁵ Ley 100 de 1993. Artículo 13 literal b

⁶ Ley 100 de 1993. Artículo 16.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

reglamentación que al efecto se expida en uso de las facultades extraordinarias de que trata el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se le haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado”.

Posteriormente, el precepto 2 de la Ley 797 de 2003 modificó las reglas anotadas, de un lado, aumentó de 3 a 5 años el plazo para el traslado de régimen y, de otro, creó la restricción de dicho traslado a quienes les faltaran 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. La norma señala que:

[...]

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

De los textos normativos se desprende que el término de 3 o 5 años inicia su contabilización, a partir de la fecha de selección y, conforme al artículo 15 del Decreto 692 de 1994 antes citado, vigente tanto para la fecha de los hechos como actualmente, la selección se da «*mediante el diligenciamiento del formulario*», lo que fija como regla que «*los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior*».

La efectividad de la afiliación, se da frente a las administradoras del sistema integral de seguridad social y corresponde a aquel momento a partir del cual, el afiliado queda dentro de la cobertura de la entidad de seguridad social seleccionada; así lo contemplan los artículos 41 y 42 del Decreto 1406 de 1999, vigente para la data de los hechos y que señalan:

*Artículo 41. Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, **debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes.***

En todo caso, en el Sistema General de Seguridad Social en salud la cobertura para los trabajadores dependientes será, durante los primeros treinta (30) días después de la afiliación, únicamente en la atención inicial de urgencias. La cobertura para los trabajadores independientes se dará en los términos establecidos en el inciso 2º del artículo 74 del [Decreto 806 de 1998](#).

Artículo 42. Traslado entre entidades administradoras. El traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema.

En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

En el Sistema de Seguridad Social en Salud, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la nueva Entidad Promotora de Salud.

En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la antigua administradora de la cual éste se trasladó, con excepción de los trabajadores independientes, que deberán aportar a la nueva administradora de pensiones.

Para los efectos del presente artículo, se entenderá por traslado efectivo el momento a partir del cual el afiliado queda cubierto por la nueva entidad en los términos definidos en el inciso anterior". (Subraya fuera de texto).

Aclarado lo anterior, para el *sub judice*, se tiene que tal como lo concluyó la Juez de instancia el presunto traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS no se hizo efectivo ante las irregularidades presentadas, esto es, que la demandante no suscribió el formulario de afiliación de fecha 30 de noviembre de 2009 obrante a folio 58 del archivo 14 del cartapacio digital. En efecto, la demandante mediante comunicación de fecha 4 de febrero de 2010, fue requerida por parte de PORVENIR S.A. para que allegará firma debidamente autenticada y fotocopia legible de la cedula de ciudadanía. Tal como se ilustra a continuación:

En atención a su comunicación radicada en nuestras dependencias, de manera atenta nos permitimos remitir copia de la afiliación a nuestro Fondo de Pensiones Obligatorias, para su respectivo trámite.

Así mismo, en caso de encontrar alguna inconsistencia registrada en la información remitida a usted, se hace necesario que remita a nuestra Administradora comunicado para iniciar el estudio correspondiente ante nuestro Departamento de Auditoria, conteniendo firma debidamente autenticada y fotocopia legible de la cédula de ciudadanía.

En espera de la información solicitada, la cual podrá ser entregada en nuestro punto de documentación del Centro Internacional, ubicado en la Carrera 13 No. 27-75 Torre B. Horario de atención: 9:00 AM a 4:00 PM y/o Carrera 15 N° 93 A - 63. Costado Norte de la Oficina Porvenir Chico. Horario de atención: 8:30 AM a 12:00 M y de 1:00 PM a 4:30 PM citando el número de radicado que se encuentra en la referencia.

Una vez, aportada dicha documentación por parte de la demandante, la administradora del RAIS, mediante oficio 01002222034941100 del 1 de marzo de 2010, procedió informar a la demandante que suspendió los trámites de la solicitud de afiliación a PORVENIR S.A. de fecha 30 de noviembre de 2009, al considerar que es **INVALIDA**, por ende, seguiría afiliada al extinto Instituto de Seguro Sociales Hoy Colpensiones.

Tal situación, también se corrobora con la certificación de fecha 12 de julio de 2018 expedida por COLPENSIONES, en la que señala que, verificada la base de datos de afiliación de EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ, se encuentra afiliada desde el 24 de enero de 1995 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones y su estado es activo cotizante. Véase:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

CERTIFICA QUE

Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) **EDNA YOLIMA SUAREZ RODRIGUEZ** identificado (a) con **Cédula de Ciudadanía** número **51982324**, se encuentra afiliado (a) desde **24/01/1995** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y su estado es **ACTIVO COTIZANTE**.

Así mismo, del reporte de semanas expedido por COLPENSIONES el 23 de agosto de 2022, se advierte que la demandante ha venido cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 24 de enero de 1995 hasta el mes de octubre de 2017, siendo su último ciclo efectivamente cotizado logrando un total de 1.091,14 semanas. Y también revisado el certificado SIAFP expedido por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, el supuesto traslado a PORVENIR fue declarado invalido, registrando una sola vinculación al RPM administrado por Colpensiones. (pág. 97 del archivo 014 del cartapacio digital).

En síntesis, resulta acertada la decisión de la Juez de primer grado, en ratificar que la demandante EDNA YOLIMA SUÁREZ RODRÍGUEZ se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1995 sin solución de continuidad, toda vez, que el supuesto traslado a PORVENIR S.A. de fecha 30 de noviembre nunca se efectuó y tal irregularidad fue corregida en sede administrativa al no cumplirse con los parámetros del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y artículo 15 del Decreto 692 de 1994.

Costas en esta instancia a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

RESUELVE:

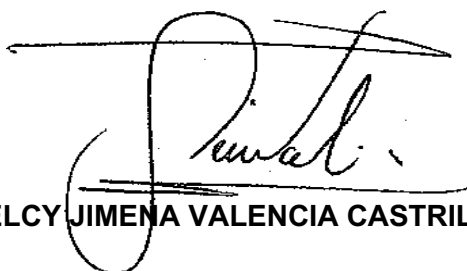
PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO:CONFIRMAR INTEGRAMENTE la sentencia del 3 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá DC, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante, inclúyase la suma de 1 SMLMV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-028-2021-00388-02
DEMANDANTE:	EMI YADIRA RUIZ VARGAS.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 7 de noviembre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
-DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por SKANDIA S.A. y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 7 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EMI YADIRA RUIZ VARGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A.** con radicado No. **11001-31-05-028-2021-00388-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las ventajas y desventajas de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos y gastos de administración, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 29 de diciembre de 1963 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 20 de febrero de 1996 hasta el mes de marzo de 1998. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a PORVENIR S.A. a partir de junio de 1998. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión en el RAIS. Que los asesores de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. al momento de traslado no le elaboraron una proyección real de la pensión en cada uno de los regímenes. Que la última AFP en la que se encuentra afiliada le realizó una simulación pensional con una mesada pensional para el año 2023 de \$2.512.000, muy inferior a lo que devengaría en el RPM, pues obtendría una suma de \$4.511.000. Por último, que solicitó a COLPENSIONES la nulidad de traslado del RPM al RAIS y se declare su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de

¹ Folios 0-1- 15 archivo 01 del ED.

² Folios 01-41 archivo 10 del ED.

nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente existe una ratificación tácita de que trata el artículo 1754 del Código Civil y perfeccionamiento del actor jurídico de traslado, pues la demandante de forma libre, espontánea e informada aceptó las condiciones del RAIS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

SKANDIA S.A.³ con frontal oposición a las pretensiones adujo que, la demandante al momento de afiliarse con SKANDIA, es decir en los años 2008 y 2011, venía de estar afiliada con otros fondos, por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante que pertenecen al RAIS, pues presentan las mismas características en materia pensional.

Formuló las excepciones de fondo que denomino: la demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con la afiliación al RPMPD, actos de relacionamiento, Skandia S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que

³ Folios 01-41 archivo 08 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A.⁴

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional previsto en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, composición y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de noviembre del 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora EMI YADIRA RUIZ VARGAS, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de ABRIL de 1998, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.,** a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor EMI YADIRA RUIZ VARGAS identificada con C.C. 39.692.957, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a

⁴ . Folios 01-20 archivo 09 del ED.

COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (..).

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración del consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. a través de apoderada judicial atacó parcialmente el fallo de primera instancia. Adujo que debe revocarse la orden de indexación de devolución de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, toda vez, que con el traslado de los rendimientos se compensa la devaluación de los dineros de la afiliada. También, agregó que dichos emolumentos no están

destinados a financiar la pensión de vejez de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES por su parte, indicó que actuó conforme a derecho y se trata de un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del RPM al RAIS. También, señaló que la actora no logró demostrar que existió vicios del consentimiento como dolo, error o fuerza para la fecha de afiliación al RAIS, esto es, en el mes de febrero de 1998 y de igual forma que la actora se encuentra dentro de la prohibición de los diez años para traslado entre regímenes según lo instruido por la Corte Constitucional en la sentencia C-789-2002.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por EMI YADIRA RUIZ VARGAS al régimen de ahorro individual administrado por la administradora PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de

administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como

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

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que la demandante firmó la solicitud de vinculación al RAIS con la A.F.P. PORVENIR S.A. el 2 de febrero de 1998 con fecha de efectividad a partir del 1 de abril de 1998, luego se trasladó a SKANDIA el 27 de febrero de 2008 con fecha de efectividad a partir del 1 abril de 2008, luego regresó a PORVENIR a partir del 24 de noviembre de 2008 con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2009, para finalmente retornar a SKANDIA el 1 de noviembre de 2011 hasta la fecha (pág. 67 archivo 08 del expediente digital), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, sin que se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el

establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S.A en el año de 1998, laboraba para la Escuela de Ingeniería como docente de planta, siendo abordada por un asesor quien le manifestó en su lugar de trabajo que la mejor opción era trasladarse al RAIS porque el Instituto Seguro Social iba a desaparecer y con ello sus aportes. Adujo, que nunca recibió información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Adujo, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes voluntarios para incrementar su mesada pensional. señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de la pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se adicionará la decisión de la *A quo* en cuanto se ordena a PORVENIR S.A. trasladar a a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los gastos de administración, los valores descontados al

Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL 1363 DE 2022).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación en ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los gastos de administración, los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 7 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que **PORVENIR S.A.** deberá trasladar a

COLPENSIONES los valores correspondientes por gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía de pensión mima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia durante los periodos en que estuvo afiliada **EMI YADIRA RUIZ VARGAS identificada con C.C. 39.692.95**, y que al momento de cumplirse la orden de traslado o la devolución los mismos deben estar debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, concepto que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia cargo de **SKANDIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-032-2022-00117-01
DEMANDANTE:	ROSALBA GUERRERO SALDAÑA Y FABRICIANO CASAS GONZÁLEZ
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 15 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil vientos (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por los demandantes en contra de la sentencia del 15 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROSALBA GUERRERO SALDAÑA** y **FABRICIANO CASAS GONZÁLEZ** contra **PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-032-2022-00117-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

Los promotores de la acción pretenden que se declare que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres

¹ Archivo 01-08 Carpeta 01 Expediente Digital

del causante Duván Leonardo Casas Guerrero a partir del 30 de octubre de 2020. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. al pago de la pensión de sobrevivientes, junto con las mesadas pensionales ordinarias y adicionales en forma vitalicia junto con los aumentos legales correspondientes, que se condene al pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se condene extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestaron los demandantes que el causante al momento de fallecer el día 30 de octubre de 2020, se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en pensiones PORVENIR S.A., el cual contaba con 193 semanas cotizadas y que no tenía esposa u compañera permanente, ni tampoco hijos. Sin embargo, dependían de los ingresos económicos de su hijo fallecido.

Señalaron, que la ayuda económica brindada por el causante para su manutención consistía en entrega de dinero en efectivo para realizar el pago de aportes a seguridad social, en la suma de \$350.000, ayuda de mercados, servicios públicos, gastos de transporte, copagos y medicamentos.

Por último, señaló Rosalba Guerrero Saldaña y Fabriciano Casas González, que al momento del deceso de su hijo no estaban vinculados laboralmente a ninguna empresa privada y que el padre del causante percibía ingresos variables ejerciendo como agricultor, pero no le alcanzaba para cubrir los gastos por conceptos de alimentación, pago de servicios públicos, vestuario, gastos de traslado a citas médicas, copagos, medicamentos, lo cual afecta su mínimo vital. Por último, que solicitaron la prestación de sobrevivencia, siendo negada por la entidad demandada, mediante comunicación dirigida a los dos con fecha del 15 de enero de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que los demandantes no cumplen con el requisito de Ley de dependencia económica. Argumentó, que se demostró que

² Archivo 02-11 Carpeta 08 Expediente Digital

los actores tienen ingresos propios, contando con cotizaciones en salud del régimen contributivo, posesión de bienes propios y que, además, el señor Fabriciano Casas González recibe ingresos por sus labores de agricultura, generando un sustento y autosuficiencia económica por parte de los actores.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo PORVENIR S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia del 09 de mayo de 2022 (f. 01 carpeta 06 del expediente digital) se admitió la demanda instaurada por Rosalba Guerrero Saldaña y Fabriciano Casas González, teniéndose por subsanada la demanda.³ Luego, una vez notificada la demandada, el Juez de instancia mediante providencia del 7 de septiembre de 2022, dio por contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. y fijó fecha para el 13 de julio de 2023 para la celebración de las audiencias de que trata los artículos 77 y 80 del C.P.T y S.S.

El 13 de julio de 2023, se celebró audiencia del artículo 77 del CPT y S.S. donde se intentó conciliación, se fijó el litigio y se decretó pruebas a favor de las partes y se fijó para el 25 de agosto de 2023 la audiencia para practica de pruebas, alegatos y fallos. Llegado el día se practicaron testimonios e interrogatorios y se fijó para el 15 de septiembre de 2023, para continuar con alegaciones y fallo respectivo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de septiembre de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y absolvió a Porvenir S.A, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes y gravó en cosas a estos últimos.

³ Archivo 01 Carpeta 06 Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* inició por realizar un recuento procesal de los hechos y pretensiones de la demanda junto con la contestación por parte de Porvenir S.A. Explicó que, para la fecha de fallecimiento de Duván Leonardo Casas Guerrero, esto es, el 30 de octubre de 2020, la norma que rige la pensión de sobrevivientes son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003. Indicó, que de acuerdo a las testimoniales practicadas se evidenció que los ingresos que devengan los demandantes, son propios y que las colaboraciones prestadas por su hijo no lograron demostrar la connotación que sin ellas no era posible la manutención de sus progenitores. Estimó, el Juez de instancia que de acuerdo a los dichos de los testigos no eran razonables la suma que supuestamente aportaba a sus padres, toda vez, que el afiliado debía asumir una cantidad de gastos propios, como arriendo, crédito de icetex, transportes, alimentación y vestuario. Por tanto, concluyó que de acuerdo al dossier probatorio la ayuda suministrada por el causante no era determinante para la existencia vital de los demandantes, lo que significó dar traste a las pretensiones al no demostrarse el requisito de dependencia económica.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el Juez de instancia no realizó una debida valoración del material probatorio recaudado como las declaraciones extra juicio y los testimonios practicados. Insiste que el causante aportaba la mayoría del dinero que devengaba a sus padres y que por el solo hecho de que los progenitores contarán con otra fuente de ingresos o bienes no impiden que sean acreedores a la prestación pretendida. Citó, la sentencia C-111 de 2016, que declaró inexecutable la expresión "*dependencia total y absoluta*" otorgando la posibilidad que los padres reciban dineros y tengan bienes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Por las inconformidades del apelante y el principio de consonancia que regla el art. 66 A del CPTSS, el problema jurídico a resolver en esta instancia es el de determinar si contrariamente a lo considerado y concluido por el juzgado, los demandantes lograron acreditar la dependencia económica respecto de su hijo fallecido DUVAN LEONARDO CASAS GUERRERO como requisito para acceder a la pensión de sobreviviente que en calidad de madre y padre del causante reclaman.

CONSIDERACIONES

En este caso, por la fecha de fallecimiento de DUVAN LEONARDO CASAS GUERRERO el 30 de octubre de 2020 (f.12), el ordenamiento legal que gobierna la situación pensional de los accionantes como acertadamente lo señaló el Juez *a-quo*, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, el segundo de los cuales, el art. 47, en su literal c) contempla como beneficiarios a los padres del causante, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho a la misma prestación, **si aquellos dependían de él económicamente.**

Para la decisión que se tome, se hallan probados, por así aceptarlo las partes o estar documentalmente acreditados, los siguientes hechos: (i) La calidad de afiliado cotizante a Porvenir S.A. de Duvan Leonardo Casas Guerrero (ii) Que el asegurado falleció el 30 de octubre de 2020; (iii) Que acreditó 191 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; (iv) Que Rosalba Guerrero Saldaña en su condición debidamente acreditada, de madre del fallecido, y Fabriciano Casas González, en su condición de padre debidamente acreditado presentaron solicitud de pensión de sobrevivientes a Porvenir S.A.; y (v) Que mediante comunicación de fecha 15 de enero de 2021, el Fondo de Pensiones les negó el derecho reclamado por no existir la requerida dependencia económica de la madre y padre respecto de su hijo.

Pues bien, previo a acometer el estudio correspondiente, debe puntualizarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene

dilucidado que la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido para acceder a la pensión de sobrevivientes, no tiene que ser total y absoluta; lo cual quiere decir que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y **cuando éstos no los convierta en suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida** (CSJ SL14923-2014, CSJ SL6390-2016, y recientemente la SL 2474-2023). En ese orden de ideas, para determinar la dependencia económica se debe contar al menos con los siguientes elementos: i) Debe ser cierta, ii) La participación debe ser regular y periódica y, iii) Las contribuciones deben ser significativas respecto del total de ingresos del beneficiario que permitan descartar una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. Así lo dijo, la Sala Laboral de la CSJ, en la referida sentencia SL 2445-2023.

Para el efecto los testigos escuchados en el proceso, EDUIN ARBERY CASAS GUERRERO, SANDRA MILENA PINTO PINZÓN y JOSÉ HERVEY ORJUELA VARÓN, manifestaron conocer al hijo de los demandantes, DUVAN LEONARDO CASAS GUERRERO (+), y respecto a la dependencia económica manifestaron:

Eduin Arbery Casas Guerrero, hermano del afiliado fallecido, refirió que el causante laboró en el área contable y financiera de una empresa de consultoría, a la pregunta si sabía cuánto ganaba contestó que desconocía el monto. A la pregunta si sabía con quien vivía el fallecido Casas Guerrero, contestó que vivían los dos en un apartamento arrendado en el Barrio Primavera de Bogotá y que el causante aportaba la suma de \$300.000, para el pago del canon de arrendamiento, y frente a los demás servicios públicos se lo dividían también por la mitad. Adujo, que su hermano les daba un dinero a sus padres para ayudarlos y frecuentemente también aportaba en especie, en mercados. A la pregunta, cuánto era la cifra aproximada que le entregaba a sus padres, contestó que \$350.000 y era periódico.

Señaló, que para el año 2020, el deponente también ayudaba a sus padres en el pago de aportes a seguridad social, salud y pensión, porque su padre es independiente, y no recibe un salario fijo, sus ingresos provienen de lo que genera la finca, lo cual no era regular. A la pregunta, cuánto era la suma que le daba a

sus padres, contestó que aproximadamente el valor de \$400.000. Indicó que su señora madre es ama de casa y se dedicó a la finca. Adujo, que con la ausencia del causante sus padres han estado muy “cortos” para poder solventar sus gastos personales. Señaló, que los gastos de sus padres ascendían a la suma de un millón de pesos y a la pregunta si conocía cuánto eran los gastos de su hermano a la fecha de fallecimiento, contestó que no sabía. Por último, señaló que su hermano fallecido se pagaba la Universidad a través del Icetex, y debía pagar una cuota mensual.

José Hervey Orjuela Varón, manifestó en síntesis que conoce a los demandantes por una relación de amistad, adujo que conoció al causante y sabía que iba a la finca cada ocho días. A la pregunta, a qué se dedica el demandante Fabriciano, contestó que es obrero de campo y que la señora Rosalba Guerrero es ama de casa. A la pregunta, quién ayudaba a los demandantes, contestó que los dos hijos, y que el hijo fallecido ayudaba con medicamentos y mercados, a la pregunta porqué tenía conocimiento de lo anterior, contestó que sus hijos eran muy amigos del causante fallecido, y escuchaba las ayudas brindadas.

Y por último **Sandra Milena Pinto Pinzón**, depuso que los demandantes son los padrinos de su hijo y que los conoce desde que tiene uso de razón, pero sin parentesco familiar. Señaló, que conoció al causante desde el momento de su nacimiento. A la pregunta, si sabía a qué se dedicaba el causante, contestó que estudiaba y laboraba en la ciudad de Bogotá D.C. Señaló que el causante visitaba a los demandantes cada quince días, y que cuando venía les traía un mercado y en ciertas oportunidades les dejaba plata para los servicios públicos y medicamentos. A la pregunta, porqué le consta, contestó que en ocasiones estaba los fines de semana en la finca de los demandantes y llegaba el causante con mercado para sus padres y dinero. Manifestó, que el señor Fabriciano es agricultor y obtiene ingresos de sus cultivos y cosechas.

Ahora bien, al absolver el interrogatorio de parte los padres del afiliado aceptaron que su hijo para la época de su deceso estudiaba en la Universidad Área Andina, siendo cancelado el valor de tal estudio por parte del afiliado de sus ahorros y créditos. Que, el afiliado laboraba para una empresa en Bogotá, y vivía en dicha ciudad con su hermano (Eduin) compartiendo gastos de arrendamiento y servicios públicos. Al unísono también manifestaron que en la finca donde residían en la inspección de San Joaquín del Municipio de la Mesa era propia,

producto de una herencia. Que tenía un hijo más de nombre Eduin Arbey Casas Guerrero, quien no vive con ellos pero que les aportaba económicamente con la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000), dinero destinado para el pago de seguridad social y demás gastos de la casa. Indicaron, que el afiliado fallecido acudía cada quince (15) días a la finca en la Mesa para entregar mercado o la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000). Manifestaron, que su hijo se fue a vivir a Bogotá D.C. con su hermano a la edad de 16 años y falleció por un accidente de tránsito. Finalmente, se señala que el señor Fabriciano Casas siempre se ha desempeñado como agricultor.

Así pues, analizada la prueba arrojada por el extremo activo, a *contrario sensu* de lo concluido por el Juez de primera instancia, para la Sala resulta tener por acreditada con suficiencia y certeza la dependencia económica alegada por los demandantes respecto del cujus, pues las declaraciones recaudadas ofrecen la acreditación necesaria frente a la dependencia, en tanto el señor José Hervey Orjuela indicó que el afiliado fallecido era quien pagaba los mercados y medicamentos de sus padres cada vez que los visitaba periódicamente y que pese a que el causante laboraba en la ciudad de Bogotá, nunca abandonó a sus padres asumiendo muchos gastos para su subsistencia.

En ese orden, **Sandra Milena Pinto Pinzón** afirmó tajantemente constarle el apoyo económico que hacía el joven Duván Casas Guerrero, porque frecuentaba dicho hogar, indicando de manera precisa que cada quince días entregaba mercados y dinero, afirmación que coincide con lo expuesto por los demandantes en interrogatorio de parte que declararon que la ayuda consistía en la entrega de \$350.000 cada quince días. La declaración de Pinto Pinzón confirmó lo expuesto por la demandante Rosalba Guerrero Saldaña, en la que expuso que se desempeña como ama de casa de la parcela producto de una herencia, sin que para la fecha en que se produjo el deceso del cujus percibiera algún ingreso económico.

Ahora bien, es de señalar que efectivamente los actores al absolver el interrogatorio de parte, además de relatar que su hijo fallecido Duván Casas Guerrero sufragaba gastos de mercado y entrega de dinero para su subsistencia, también afirmaron que su otro descendiente Eduin Arbey les proporcionaba una contribución periódica por la suma de \$400.000 para el pago de aportes a la seguridad social, pues no tenían un ingreso fijo y su manutención dependía de lo

que generará las labores del actor como agricultor, situación que fue corroborada por el otro hijo al rendir la respectiva declaración.

Sin embargo, ese aporte monetario del otro hijo, para la Sala no desvirtúa la subordinación económica de los accionantes frente a su descendiente Duván Casas Guerrero, toda vez, que el hecho de que existan otras contribuciones, rentas o ingresos adicionales a los proporcionados por el de *cujus* no convierte a sus progenitores en autosuficientes, es decir, no excluye *per se* su derecho a obtener una pensión de sobrevivientes, pues la única condición que debe cumplirse es que los demás ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia y la del núcleo familiar en condiciones mínimas y decorosas. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, a cita de ejemplo véase la sentencia SL 3536-2021, criterio que se cumple en el *sub judice*, en la medida que una ayuda periódica de \$200.000 para cada uno, proveniente del otro descendiente, en manera alguna les procuran una vida digna a los progenitores.

Ahora bien, a juicio de la Sala y conforme a la jurisprudencia desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno al concepto de dependencia económica, en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-111-2006, dicho requisito no puede identificarse con una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía el causante, de modo que no excluye la existencia de otras rentas o fuentes de recursos, propios o provenientes de terceros, pues no es necesario que se encuentre en estado de mendicidad o indigencia (SL1169-2019, SL1913-2019, SL 4167-2020 y SL1931-2021).

En efecto, con claridad se señaló que el señor Fabriciano Casas González no cuenta con un trabajo fijo y sus ingresos eran ocasionales y fruto de labores de campo o cultivo de su propia parcela ubicada en el Municipio de la Mesa Cundinamarca, de modo que aquellos rubros esporádicos e irregulares no implican autosuficiencia económica. En gracia de discusión, el aporte económico brindado por Duván Casas Guerrero era vital para la subsistencia digna de los progenitores, dada la precariedad de sus ingresos que procedía de un trabajo informal y ocasional que no les permitían la independencia financiera para satisfacer sus necesidades básicas.

Así las cosas, para la Sala, se encuentra acreditada la dependencia económica en los términos precisados jurisprudencialmente, pues véase que el aporte dado por el afiliado fallecido puede entenderse como significativo o determinante para el sostenimiento de los demandantes, además de ciertos, relevantes y periódicos para su vital existencia, pues consistían en la suma quincenal de entre \$350.000 y \$400.000, destinada para manutención y demás gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, pues como se comprobó los ingresos de su padre eran precarios e irregulares, dada la labor de agricultor de la parcela donde reside y por otro lado, la señora Rosalba no contaba con autosuficiencia económica, pues ejercía la labor de ama de casa.

En efecto, como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, la ayuda o colaboración que otorguen los hijos a sus progenitores deben tener la connotación de **relevantes, esenciales y preponderantes para el mínimo sostenimiento de la familia**, para que pueda configurar la subordinación económica exigida por la norma para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes (Ver, entre otras, las sentencias de la Sala Laboral SL18517 del 1° de noviembre de 2017, SL1243 del 27 de marzo de 2019, y SL 652-del 19 de febrero de 2020, todas bajo Ponencia de la H. magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

En síntesis, para esta Sala de Decisión deviene desacertada la decisión de primer grado en tanto resulta dable tener por acreditados los presupuestos que caracterizan la dependencia económica normada, en tanto los medios probatorios recaudados ofrecen la certeza suficiente para así colegirlo. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia para declarar que los demandantes ROSALBA GUERRERO SALDAÑA Y FABRICIANO CASAS GONZÁLEZ tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres del causante al acreditarse el requisito previsto en el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Precisado lo anterior, es valioso acudir al tenor literal del artículo 48 de la Ley 100 de 1993 el que prevé:

ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En cumplimiento del anterior marco legal, se tomó los salarios sobres los cuales cotizó el afiliado y que según el reporte que obra en el archivo 08 del cartapacio digital expedido por Porvenir S.A. los cuales, indexados, arrojan un ingreso base de liquidación de \$1.209.956, al que se le aplicó una tasa de remplazo del 45%, atendiendo que cotizó en toda su vida laboral un total de 191 semanas desde el ciclo febrero de 2017 hasta octubre de 2020, lo que arroja una pensión mensual para el año 2020 de \$544.480, valor inferior al salario mínimo mensual legal vigente para la época.

En consecuencia, como el monto calculado resultó inferior al SMLMV de 2020, se ordenará su ajuste en razón a que el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que desarrolla la garantía constitucional de la pensión mínima en Colombia, ordena que la misma es el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de causación y pago.

La liquidación del IBL de la prestación es como sigue:

IBL							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual		
01/02/17	31/05/17	119	1.000.000,00	33.333,33	\$ 3.966.666,7		
01/06/17	30/06/17	32	1.052.038,00	35.067,93	\$ 1.122.173,9		
01/07/17	30/07/17	30	1.001.736,00	33.391,20	\$ 1.001.736,0		
01/08/17	31/05/18	270	1.050.000,00	35.000,00	\$ 9.450.000,0		
01/05/18	31/05/18	30	1.097.031,00	36.567,70	\$ 1.097.031,0		
01/06/18	31/07/18	60	1.050.000,00	35.000,00	\$ 2.100.000,0		
01/08/18	01/01/19	180	1.300.000,00	43.333,33	\$ 7.800.000,0		
01/02/19	28/02/19	30	1.528.854,00	50.961,80	\$ 1.528.854,0		
01/03/19	01/08/19	180	1.300.000,00	43.333,33	\$ 7.800.000,0		
01/09/19	30/09/19	30	1.352.000,00	45.066,67	\$ 1.352.000,0		
01/10/19	31/10/19	30	1.394.250,00	46.475,00	\$ 1.394.250,0		
01/11/19	01/30/20	150	1.352.000,00	45.066,67	\$ 6.760.000,0		
01/04/20	1/31/20	46	1.036.533,00	34.551,10	\$ 1.589.350,6		
01/06/20	31/10/20	150	1.352.000,00	45.066,67	\$ 6.760.000,0		
INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN:							\$ 1.209.956,00
PORCENTAJE APLICADO						\$ 0,45	\$ 544.480,00

Sin mayor esfuerzo también se deduce que no se configuró el fenómeno prescriptivo de ninguna mesada pensional, en razón a que el afiliado falleció el 30 de octubre de 2020, y los beneficiarios interpusieron la demanda el 16 de marzo de 2022 (archivo 03 del expediente digital), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del CPT y la S.S.

Por lo anterior, la pensión vitalicia de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte de DUVÁN CASAS GUERRERO deberá reconocerse a ROSALBA GUERRERO SALDAÑA Y FABRICIANO CASA GONZÁLEZ en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 30 de octubre de 2020, obteniéndose como retroactivo a su favor desde dicha calenda hasta el mes de diciembre de 2023, la suma de \$42.550.581, como se observa a continuación:

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
30/10/20	31/12/20	\$ 877.803,00	3,03	\$ 2.659.743
01/01/21	31/12/21	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838
01/01/22	31/12/22	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000
01/01/23	31/12/23	\$ 1.160.000,00	13,00	\$ 15.080.000
Total retroactivo			\$ 42.550.581,09	

En relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009). Esto, siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que PORVENIR S.A. negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes aduciendo que no dependían económicamente del causante, pues se demostró que dicho requisito no tenía que ser total y absoluto, que debía se

real, constante y significativo y que el percibir ingresos propios o de terceros no la desvirtuaba, criterios que fueron establecidos por la Sala de Casación Laboral en las sentencias atrás mencionadas y por la Corte Constitucional desde la sentencia C-111 de 2006 que declaró inexecutable la expresión “*de forma total y absoluta*”. El anterior criterio de imposición de intereses moratorios fue reiterado en la sentencia SL1982-2020.

En ese sentido, los intereses moratorios se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001. En el sub judice, la reclamación elevada por los demandantes fue radicada el 4 de diciembre de 2020, tal como se advierte del documento visible en el archivo 01 del expediente digital, por tanto, se condenará a PORVENIR S.A. al pago de los réditos moratorios desde el 4 de febrero de 2021 hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

Sin costas en esta instancia al prosperar el recurso de apelación. Costas de primera instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de los demandantes Rosalba Guerrero Saldaña y Fabriciano Casas González, tásense por el Juzgado de Conocimiento.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto absolvió a la demandada del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a **ROSALBA GUERRERO SALDAÑA** identificada con cedula de ciudadanía N.º 20.687.442 y a **FABRICIANO CASAS GONZÁLEZ** identificado con cedula de ciudadanía N.º 3.074.909, la pensión vitalicia de sobrevivientes por la muerte de

su hijo Duván Leonardo Casas Guerrero, a partir del 30 de octubre 2020, en cuantía de 1 SMLM.

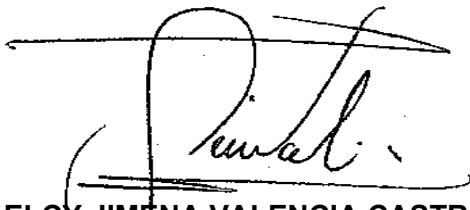
TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a **ROSALBA GUERRERO SALDAÑA** identificada con cedula de ciudadanía N.º 20.687.442 y a **FABRICIANO CASAS GONZÁLEZ** identificado con cedula de ciudadanía N.º 3.074.909, la suma de \$42.550.581 por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 30 de mayo de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2023, además deberá pagar las que en adelante se causen hasta su inclusión en nómina.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a **ROSALBA GUERRERO SALDAÑA** identificada con cedula de ciudadanía N.º 20.687.442 y a **FABRICIANO CASAS GONZÁLEZ** identificado con cedula de ciudadanía N.º 3.074.909, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 4 de febrero de 2021 hasta el momento que se haga efectivo el pago.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada y a favor de los demandantes, tásense por el Juzgado de Conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HUGO DE JESÚS HERNÁNDEZ GARCÍA CONTRA SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y OTROS. Radicado. 11001-31- 05-032-2022-00225-01.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

A U T O

En escrito radicado el 11 de octubre de 2023, el apoderado judicial del demandante solicitó corrección de la sentencia proferida por la Sala de Decisión, el 31 de agosto de 2023, y fijada en edicto el día 7 de septiembre de la misma anualidad, respecto que en el ordinal primero del resuelve de la sentencia se plasmó erradamente el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, cuando lo correcto era el Juzgado Treinta (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Ante todo, debe advertirse que los artículos 285, 286 y 287 del Código General del Proceso, aplicables al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que toda providencia puede ser susceptible de aclaración, corrección de errores aritméticos, de adición por el Juez que la profirió.

“ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso (...)

ARTÍCULO 287. Adición Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvenición o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación poder recurrirse también la providencia principal”.

Pues bien, aplicados los enunciados expuestos al presente caso, se observa que lo que se reclama es una “corrección” ante el lapsus en

que se incurrió al digitar en el ordinal primero del resuelve que se confirma la sentencia del 26 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, cuando lo correcto era el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

En las aludidas condiciones, se procederá a realizar la “corrección” pertinente.

Por lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

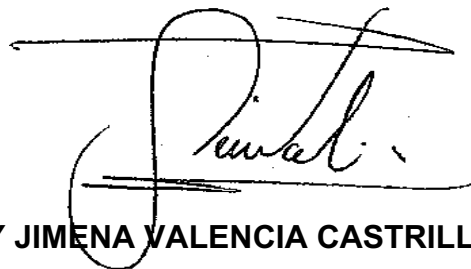
RESUELVE:

CORREGIR el ordinal 1° de la sentencia de segunda instancia de fecha 31 de agosto de 2023, proferida en el asunto de la referencia, el cual quedará del siguiente tenor:

“PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-033-2022-00046-01
DEMANDANTE:	LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ
DEMANDADO:	CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH
ASUNTO:	Grado Jurisdiccional de Consulta Sentencia 9 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Tres (36) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, contra la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ** contra **CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH.**, con radicado No. **11001-31-05-033-2022-00046-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con la demandada CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH., del 17 de junio del 2017 al 30 de abril del 2019, el cual fue terminado sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada, cancelar la suma de \$2.300.000., por concepto de salario del mes de abril del 2018, al pago indexado de salarios desde el 01 de mayo del 2019 al 30 de noviembre del 2021 por la suma de \$69.000.000., y en adelante todos los salarios que se causen hasta la fecha en que se profiera sentencia, a pagar en favor de la demandante la suma de \$3.450.000., correspondiente a las primas de servicios adeudadas entre el 17 de junio del 2017 al 30 de abril del 2019 y los que resulten hasta la sentencia, a cancelar la suma de \$3.400.000., correspondientes a la indemnización contemplada en el artículo 64 y 65 del C.S.T., por concepto de vacaciones la suma de \$2.063.611., por el periodo comprendido entre el 17 de junio de 2017 y el 30 de abril de 2019, por concepto de cesantías la suma de \$4.127.222., por intereses sobre las cesantías la suma de \$495.266; asimismo, se condene al pago de la sanción dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en la suma de \$104.342.426. Finalmente, solicitó se condenara a la demandada al pago de las cesantías generadas entre el 01 de enero del 2019 al 30 de marzo del 2019 en la suma de \$75.899.340, los pagos de los derechos probados en su uso de las facultades *ultra y extra petita*, así como las costas que se generen en el proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laboral el 17 de junio del 2017 con el CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH., de la ciudad de Bogotá DC, que desempeñó el cargo de administradora y representante legal del conjunto, labor que debía desempeñar de lunes a sábado y los días jueves en un horario de 7:00 pm a 11:00 pm.

¹ Archivo 02 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Dentro de las funciones encomendadas se encontraba atender a los propietarios del conjunto residencial, realizar el cobro de cartera junto con el abogado, actuar como representante legal, convocar a la asamblea para las reuniones ordinarias y extraordinarias, llevar los libros de actas de asamblea, preparar y someter a consideración del Consejo de Administración las cuentas anuales el presupuesto de ingresos y egresos el balance de cuentas, entre otras; como contra prestación devengaba un salario equivalente a \$2.300.000 mensuales.

Refiere que para el periodo del 2018 a 2019 se nombró un nuevo Consejo de Administración, que dicho Consejo le impuso horarios de hasta 6 horas diarias, que empezó a ser víctima de acoso laboral por parte de las señoras Ángela Patiño, Yaneth de Riveros, Martha Morales, quienes pertenecían a dicho consejo, que no denunció dicha conducta por miedo a ser despedida, que en varias ocasiones fue obligada a laborar encontrándose incapacitada.

Narra que los miembros del Consejo de Administración empezaron hacer acusaciones en contra de la demandante respecto al desvío de recursos del conjunto residencial, que el 28 de marzo del 2019 el Consejo le entregó carta donde le informaban que su contrato no sería renovado y que hiciera entrega del cargo el 30 de abril del 2019. Afirma que el 01 de abril los señores Omar Ordoñez, Ángela Patiño, Yaneth de Riveros, Martha Morales miembros del Consejo, la contadora Nidia del Pilar Roldan y el señor Revisor fiscal Adán Rivera Cotrino le entregaron una carta para que hiciera entrega inmediata del cargo, lo cual se realizó.

Aduce que por intermedio de apoderada judicial el 20 de enero del 2020 solicitó al CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH., el pago de los dineros adeudados y el 09 de febrero del 2021 la demandada brindó respuesta acusando a la actora de haber hurtado y extorsionado al conjunto residencial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II P.H.²

² archivo 09 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa manifestó que nunca existió una relación laboral con la demandante, que los servicios prestados por la actora se encuentran en el marco de los contratos civiles, pues fueron ejecutados de forma autónoma e independiente, allegó los contratos de prestación de servicios suscritos por los periodos del 17 de julio del 2017 al 30 de abril del 2018, 21 de junio del 2018 al 30 de septiembre del 2018 y del 01 de octubre del 2018 al 30 de abril del 2019.

Asegura que la prestación de servicios para la que fue contratada la señora LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ tuvo como objeto la administración del conjunto residencial, sostuvo que nunca se impuso horario, sin embargo se llegó a un acuerdo para la atención de la administración para el grupo de copropietarios, asimismo, no se impuso horario para acudir a las reuniones del Consejo, pues en la ejecución del contrato de prestación de servicios se encontraba la función de coordinar y participar en los espacios en los cuales el Consejo de Administración se reunía.

Refiere que las actividades adelantadas por la señora KALIL no son distintas de las que impone la Ley 675 del 2001 para el administrador de propiedad horizontal, informó sobre el monto de los contratos así: suscrito el 17 de julio del 2017 se pactaron honorarios en la suma de \$1.712.000., el 21 de junio del 2018 honorarios en la suma de \$2.300.000., el 01 de octubre del 2018 honorarios en la suma de \$2.300.000.

Manifiesta que la no renovación del contrato de prestación de servicios con la actora se debía al incumplimiento de las obligaciones que paralizaron las actividades requeridas de forma urgente en el conjunto, que frente al reclamado de \$77.750 de la caja menor y los honorarios de abril del 2019, la demandada siempre estuvo dispuesta hacer entrega de dichos recursos a la señora KALIL, pero fue ella quien mostró renuencia a recibirlos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: falta de causa petendi e inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación, buena fe, caducidad, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (36) Laboral del Circuito de Bogotá DC., mediante sentencia del 09 de mayo de 2023, resolvió absolver al CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción denominada falta de causa petendi e inexistencia de la relación laboral y condenó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo*, previa mención de los presupuestos normativos y jurisprudenciales para la declaratoria de un contrato de trabajo, que conforme a los testimonios recaudados en las diligencias y las pruebas documentales adosadas por la encartada, era claro que la actora prestó sus servicios a favor de la pasiva desde el 17 de junio de 2017 al 01 de abril de 2019, correspondiéndole a la demandada desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, es decir, que su servicio no fue en ejecución de un contrato de trabajo, sino de un vínculo de naturaleza distinta; carga que cumplió la demandada a través de la prueba testimonial, puesto que conforme al dicho de las declarantes, la activa se encargaba de la gestión de administración del CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH, en estricto cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 675 del 2001, que teniendo como derrotero la recomendación 198 de la OIT, no se demostró la subordinación, trayendo a colación que la actora tuvo la posibilidad de acordar las condiciones en las que iba prestar sus servicios, situación que no es propia de un contrato de trabajo, además, destacó que la actora informó que trabajó en simultáneo para el conjunto ARCADIA I y LEMAYA, de lo cual infirió que no hubo imposición de un horario, que la labor le era retribuida a través de los honorarios pactados, previa presentación de una cuenta de cobro, siendo claro para el Despacho que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios.

Finalmente, señaló que no puede determinar si la vinculación se terminó de forma injusta máxime cuando no hay una pretensión subsidiaria con el fin de establecer si se causó algún tipo de indemnización por el incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los extremos procesales presentaron sus alegaciones finales, reiterando los argumentos de los recursos de apelación.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centran en determinar: si se conjugan los presupuestos para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos procesales, del 17 de junio de 2017 al 30 de abril de 2019; conforme a las resultas, definir la viabilidad en fulminar condena a título de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, aportes al Sistema de Seguridad social en pensiones y las costas a cargo de la demandada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto Ley 2158 de 1948 con las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001, procede la Sala a resolver en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia de segunda instancia.

RELACIÓN LABORAL

En lo referente a la relación laboral y los extremos, como primera medida es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que desde la época del Tribunal

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba en materia procesal, incumbe al demandante demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de ésta, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, al tenor de lo preceptuado por el artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil – Ley 1564 de 2012-, aplicable por analogía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexo en la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Resulta necesario que el demandado, a su turno, en ejercicio de su facultad probatoria, desvirtúe la presunción legal y lleve al juzgador de instancia a un convencimiento de tal entidad, que conduzca a concluir que en la actividad ejecutada por el reclamante jurisdiccional no se presentaron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del C.S.T., advirtiendo que conforme a la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral, entre otras, en la sentencia del 24 de abril de 2012 radicado 39.600 con Ponencia del H. Magistrado Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, si de las pruebas obrantes en el proceso se logra acreditar la prestación personal del servicio, se presume *iuris tantum* la subordinación en la relación de trabajo, enseñanzas que dispusieron:

“Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente”.

Precisado lo anterior, esta Sala de Decisión analiza las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPTSS, para lo cual ha de advertir en primer lugar que tal y como lo refirió el

Juzgado de Conocimiento, es claro que el debate no gravita en la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la pasiva, pues desde el escrito de contestación de la demanda, esta aceptó que la actora comenzó a prestar servicios a su favor de manera autónoma e independiente desde el mes de junio del año 2017, aunado a que obran en el paginario diferentes cuentas de cobro radicadas por la parte activa ante la demandada, a razón de la labor ejecutada a título de administración del CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH., que datan del 28 de julio de 2017 al 20 de enero de 2019 (fs. 143 a 215 archivo 09 del expediente digital).

Tal prestación, además, fue ratificada por la pasiva en su interrogatorio de parte y por los testigos Adán Rivera Cotrino, Ángela Sofía Cárdenas Gonzalez, Helman Martín Santos Gómez y María del Carmen Chacón, quienes pueden escucharse en el archivo de audio 16 y 17 del expediente digital.

Por manera que, como lo indicó la falladora de primera instancia en el presente caso operó la presunción prevista por el artículo 24 del CST, de suerte que `era carga de la demandada desvirtuar que las labores ejecutadas por la demandante, lo fueron sin estar sujeta a ningún tipo de subordinación, tarea que en efecto fue cumplida por la encartada a través de la testimonial que fue decretada a su favor.

Así, nótese que la testigo Ángela Sofía Cárdenas González, quien dijo ostentar la calidad de miembro del Consejo Administrativo del CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH., para los periodos del 2017 al 2018 y del 2021 al 2022, acotó que con la actora se había celebrado un contrato de prestación de servicios, para lo relacionado a la administración del mentado conjunto residencial; afirmó que a la demandante no se le exigía horario, sin embargo, y teniendo en cuenta que esta prestaba los servicios de administración para otros conjuntos residenciales, acordó con la misma un horario para la atención de los copropietarios del conjunto demandado, que las funciones encomendadas se realizaron en el marco de la Ley 675 del 2001 y que, la no continuidad se dio por el incumplimiento de dichas funciones.

En igual sentido, rindió su declaración el señor Helman Martín Santos Gómez, quien manifestó haber sido presidente del Consejo de Administración del CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH., para los periodos del 2018 al 2019; aseguró que la demandante prestó sus servicios a favor de la pasiva bajo la modalidad de prestación de servicios, precisando que nunca hubo imposición de horario, que este había sido acordado con la misma para atender a los copropietarios por las quejas que se podían presentar, que dicha atención no se prestó todos los días y no pasaba de 4 horas, asimismo, manifestó que la actora debía presentar un informe junto con la cuenta de cobro y el pago de la seguridad social para cancelar los respectivos honorarios.

Cabe mencionar que las declaraciones rendidas por los testigos de la parte activa no brindaron mayor claridad respecto los supuestos de hecho alegados en la demanda. Tal es el caso de la señora Nubia Stella Briceño, quien señaló pertenecer al servicio de aseo de empresa contratista del conjunto e informó no conocer las particularidades que rodearon la relación surgida entre las partes, hoy trenzadas en Litis. De igual forma, debe destacarse que en el interrogatorio de parte la señora LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ manifestó que prestaba sus servicios de administración de forma simultánea con el Conjunto Residencial Arcadia I y con Lemaya.

De las declaraciones en referencia, es claro que la demandante no estaba sujeta a ninguna subordinación por la parte activa, puesto que podía laborar para diferentes conjuntos residenciales, pudiendo inclusive acordar la hora y el día en que iba a prestar los servicios de administración, respecto de la cual además, disponía la forma o la manera en cómo sería gestionada; siendo por tanto claro para la Sala, que la demandante ejecutó la labor de manera autónoma e independiente y sin que sobre ella se desplegara ningún poder subordinante, como es el caso de la imposición de una sanción o llamado de atención, pues de ello no existe prueba en el informativo.

Puestas así las cosas, advierte la Sala que acertó el Juzgado de Conocimiento al negar la existencia del contrato reclamado, toda vez que de la

valoración conjunta de las pruebas que gozan de pleno valor, es posible advertir que se encuentra desvirtuada la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en el presente caso concurren las condiciones que ampliamente han sido desarrolladas por la jurisprudencia para descartar la existencia de una relación laboral y considerar que entre las partes existió una relación de carácter civil, mismas que se encuentran claramente expuestas en la sentencia SL4282 de 2020, al indicar que:

“1. La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo

La disposición señalada establece que «[...] se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo», y de vieja data se ha establecido el modo como ella opera: le corresponde a quien pretende ser tenido como trabajador demostrar la prestación personal del servicio, en tanto que el demandado, deberá desvirtuar y acreditar que no existió subordinación en la ejecución del contrato.

Sobre el particular, la decisión del Tribunal es prolija en señalar las cargas probatorias a cargo de cada una de las partes, a efectos de tener éxito en sus posiciones procesales.

Al respecto, esta Corte ha sido uniforme en sostener esta posición, tal como se lee en la sentencia CSJ SL686-2017, y que fuera recientemente reiterada en la sentencia CSJ SL1026-2019:

No sobra aclarar, que las apreciaciones del Tribunal sobre este punto, tampoco resultan equivocadas, pues, conforme al artículo 24 del C.S.T, al trabajador tan solo le basta demostrar la prestación personal del servicio, para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, como igualmente se ha dicho en múltiples oportunidades, de donde no es acertado afirmar que, en virtud de la carga de la prueba, quien alega la existencia de un contrato de trabajo debe demostrar los tres elementos que lo conforman, pues, a no dudarlo, la mencionada norma contiene una inversión de la carga de la prueba, que implica el deber para el empleador de desvirtuar dicha presunción.

2. El mínimo probatorio de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en función del ejercicio de la regla de juicio de la sana crítica

Al estar en presencia de una presunción legal, la demostración del hecho presumido implica la causación del efecto normativo previsto, de tal suerte que el interesado en evitar tal circunstancia habrá de asumir la carga de

desvirtuar el supuesto fáctico, probando la inexistencia del factum que lo sustenta.

La contradicción de la presunción referida implica, que corresponde al demandado demostrar los supuestos fácticos en los que basa su defensa. Así lo dispone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que encuentra su equivalente en el 167 del Código General del Proceso, aplicable al caso, cuando establece que «[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

Así las cosas, en asuntos en los que se discute la improcedencia de la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, como es el caso, se requerirá la satisfacción de un estándar probatorio de prueba mínima necesaria, como es la prestación del servicio.

Esto, traído al caso en examen implica que, para evitar la condena, el demandado deberá demostrar la inexistencia de la subordinación -elemento esencial del contrato de trabajo y diferencia específica de otros vínculos jurídicos en los que prevalece la prestación personal del servicio en condiciones de autonomía-, como regla de carga probatoria.

-
En virtud de lo anterior, el juez declarará la inexistencia de la relación laboral cuando encuentre acreditada la ausencia de subordinación sin que haya lugar a dudas, como regla de juicio al amparo de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

-
Debe señalarse que, en asuntos como en el presente, concurren dos cargas probatorias: por una parte, la del demandante, en el sentido de demostrar la prestación personal del servicio que sirve de causa para la aplicación de la presunción establecida; y por otra, la del demandado, dirigida a demostrar la inexistencia de la prestación del servicio o de la subordinación, a efectos de derribar el presupuesto presuntivo”.

Así las cosas, la Sala al desplegar la potestad que le concede el artículo 61 del CPT y de la SS, de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, ha logrado formar su convencimiento en torno a que la actora desplegó su actividad con autonomía e independencia, pues se insiste, de los testimonios resulta evidente advertir que nunca se le exigió el cumplimiento del horario de trabajo, al poder definir sus horarios, para además poder prestar sus servicios personales a favor de terceras personas ajenas al litigio, cuyo pago además, le era reconocido, previa presentación de cuenta de cobro.

Motivo por el cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas, dado el grado jurisdiccional de consulta del que se conoce el presente asunto.

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

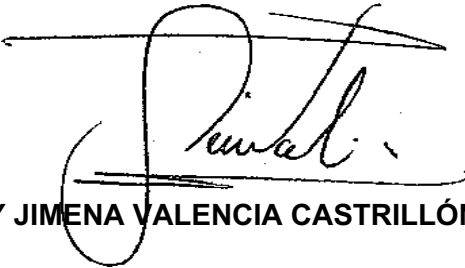
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUZ ELENA KALIL MÉNDEZ contra CONJUNTO RESIDENCIAL ARCADIA II PH, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS por conocerse del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-037-2022-00211-01
DEMANDANTE:	ROSA TULIA QUINTERO PARRA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTRO
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 25 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia del 25 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROSA TULIA QUINTERO PARRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-037-2022-00211-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., e igualmente, que Colpensiones debe aceptar su vinculación en el RPM, como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional; como consecuencia de ello, se condene a Porvenir S.A. a ordenar su traslado del RAIS al RPM, al igual que envíe el saldo total ahorrado por ella con destino a Colpensiones, el cual asciende a la suma de \$325.899.968, reembolsando de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales; condenar a Colpensiones a aceptar su retorno al RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que estuvo vinculada al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde 1.987. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en el año 1998, lo cual ocurrió porque los vendedores de la sociedad le indicaron que no perdería los beneficios propios del RPM, sin embargo, nunca le indicaron de los eventuales riesgos que podía tener al mantenerse en el RAIS, ni le suministraron información idónea, consistente y veraz para asumir una determinación objetiva. Que elevó solicitud de traslado ante Colpensiones, lo cual le fue negado por la AFP Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no se allega al

¹ Páginas 2 a 26 Archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 2 a 28 Archivo 05 del expediente digital.

plenario prueba alguna, que permita invalidar el acto jurídico de afiliación, que libre y espontáneamente realizó la actora a dicho fondo privado, aunado a ello la información que extraña no haber recibido, se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, normas que por ser de alcance nacional, se impone su conocimiento y obligatorio cumplimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo debido, buena fe y la innominada.

PORVENIR S.A.³

La demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP, una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido al mismo, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Añadió que de acuerdo con la suscripción del formulario N°989709 el día 22 de enero de 1998, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT- la demandante da fe de la declaración escrita a que hace referencia el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

³ Páginas 2 a 38 archivo 06 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante, del RPM al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, declaró válida la afiliación de la demandante al RPM administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; declaró no probadas las excepciones propuestas condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea, exceptuando la indexación de las sumas a retornar, pues conforme a lo indicado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, la devolución de los rendimientos financieros compensa la depreciación que se hubiere podido generar en el capital del afiliado.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod. Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a la entidad.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ROSA TULIA QUINTERO PARRA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de

septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar a la afiliada la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar**

al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en**

tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (Página 88 archivo 06), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la AFP demandada, pues fue clara al manifestar que hacia el año 1998 llegó un asesor de Porvenir a su lugar de trabajo, quien en una reunión les dijo a los trabajadores que debían trasladarse a la AFP, porque el ISS sería liquidado, por lo que tendrían problemas para completar sus semanas y podrían pensionarse con el mínimo, entonces se trasladó a Porvenir. Que no leyó el formulario de vinculación porque la oficina de recursos humanos solo le dijo que firmara y ella confió en el criterio de esa oficina. Que el fondo privado no fue claro y no le suministró la información adecuada, además, acotó que no recibió ninguna información remitida por correo electrónico por parte de la AFP, diferente a sus extractos de la cuenta de ahorro (Min. 17:11 – 29:37 archivo de audio y video 11 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que esta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Sin embargo, se tiene que el Juzgado de Conocimiento no ordenó la devolución de los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes con la debida indexación, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, se adicionará la sentencia en ese aspecto.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como así lo entendió el Juzgado, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se

generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados, sin que sea necesaria su petición en el *libelo genitor*, toda vez que se trata de esa actualización de la moneda, al ser un hecho notorio su depreciación a causa del fenómeno inflacionario, que por tal motivo no requiere de prueba.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla*”

constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 25 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes descontando al actor, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: SIN COSTAS en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-038-2018-00253-01
DEMANDANTE:	EPS SANITAS S.A.
DEMANDADO:	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia 30 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Facturas
DECISIÓN:	REVOCAR

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandante, respecto de la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EPS SANITAS S.A.** contra la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES** y **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES** con radicado No. **11001-31-05-014-2018-00253-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La entidad promotora de la presente acción pretende se ordene al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y ADRES reconozca y pague a favor de la EPS SANITAS los recobros que fueron rechazados de forma infundada, en las sumas de \$261.184, \$12.197.090, \$1.744.824, \$45.238.836, \$5.684.278, \$786.200, \$45.238.836, \$1.142.527, \$1.150.750, \$766.461, \$261.184, \$437.302, \$35.409.267, \$24.817.000, \$72.930.620, \$798.649, \$54.112.300, \$63.121.977, \$2.255.675, \$7.415.060, \$31.801, \$880.590, \$2.680.559, \$880.590, \$716.619, \$22.274.280, \$1.340.501, \$1.180.547, \$184.189, \$57.475.165, \$281.123, \$1.090.040, \$4.475.927, \$1.510.094, \$5.241.486, \$1.171.519, \$409.237, \$28.894, \$96.964, \$1.220.027, \$5.000.000, \$423.370, \$10.267.411, \$368.403, \$9.600.000, \$334.203, \$312.865, \$288.054, \$312.865, \$984.744, de igual forma, se le indemnice por el daño emergente, gastos administrativos e intereses moratorios por cada una de las cuentas de cobro objeto de demanda.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que autorizó y cubrió la prestación de los servicios, medicamentos, insumos, procedimientos, los cuales no están incluidos entre los beneficios del Plan Obligatorio de Salud (POS) ni costeados por UPC a diferentes usuarios.

Que autorizó el cubrimiento económico y el suministro de medicamentos, insumos, procedimientos y servicios NO POS ordenadas en acciones de tutela y/o Comité Técnico Científico, que las IPS radicarón ante la actora las correspondientes facturas de venta de servicios con los respectivos soportes, por lo cual la demandante procedió a pagar dichas facturas.

Indicó que posteriormente procedió a radicar cincuenta y un (51) solicitudes de recobro ante el Consorcio administrador del FOSYGA respecto el suministro o la provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos y servicios NO POS.

¹ Folios 144 al 226, archivo 001 “001ExpedienteDigitalCuaderno1”
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Refiere que el Ministerio de Salud y Protección Social representado por el Fosyga, presentó glosa a las cincuenta y un (51) solicitudes de recobro, que en su momento la demandante objetó algunas de las negaciones a través del formato MYT 04, por medio del cual se efectuaron las aclaraciones o correcciones correspondientes respecto a las presuntas fallas detectadas por la auditoria.

Asegura que el 29 de diciembre del 2017 efectuó reclamación contentiva de la presente pretensión ante la pasiva, que el suministro de los servicios en salud ha significado un desgaste económico relacionado con la gestión de los mismos, debiendo contar con una estructura administrativa, gastos no previstos por la EPS que le han generado un perjuicio el cual aduce le debe ser retribuido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL a través de apoderado judicial señaló no constarle ninguno de los hechos narrados por la parte activa, sostuvo que las reclamaciones y el estado de las mismas por disposición legal eran competencia del ADRES, frente a las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas asegurando que había perdido competencia para esta clase de temas, en virtud a que la misma fue conferida al ADRES.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2022, absolvió al ADRES y al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, de todas y cada una de las

² Archivo 34 “Grabación Audiencia Sustentación Y Fallo”, expediente primera instancia.

³ Archivo 029 expediente primera instancia

pretensiones indemnizatorias y sus consecuencias, condenó en costas a la entidad demandante.

El Juez de primera instancia consideró que los recobros sustento de las suplicas indemnizatorias corresponden a servicios prestados a diferentes usuarios de la EPS Sanitas en el lapso comprendido entre el 20 de agosto de 2009 y el 30 de octubre del 2015, que la fecha de radicación de los formularios MYT 01 y 02 se realizó entre el 13 de octubre del 2015 y el 28 de junio del 2016 y la demanda fue radicada el 09 de mayo del 2018, en tal sentido, los recobros fueron radicados en vigencia del Decreto 1281 del 2002 y la Resolución 2933 del 2008, señaló que el mentado decreto en su artículo 15 reglamenta la protección de los recursos del Fosyga destacando que sin perjuicio de las directrices que imparte el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, corresponde a la administradora Fudiciaria del Fosyga, adoptar los mecanismos para proteger las recursos de Fosyga.

Refiere que en el presente trámite procesal lo que se busca es el reconocimiento de una indemnización de perjuicios derivada del no pago de los recursos, no se reclama en específico por la demandante y dentro del término de caducidad del artículo 136 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo, el reembolso de los recursos correspondientes, que se está reclamando es una indemnización de perjuicios derivada del no pago de esos recursos y tarifada con base al valor del importe solicitado y que no fue reconocido, siendo necesario precisar que si las facturas o reclamaciones son glosadas por extemporaneidad no hay lugar al reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias como lo sería la declaratoria responsabilidad deprecada y como consecuencia el pago de una reparación o indemnización de perjuicios, ya que en ese panorama la EPS solo tendría derecho dentro de los plazos establecidos a reclamar el importe de los gastos en que haya incurrido, en este caso por no estar en el Plan Obligatorio de Salud, o que fueron generados por fallos de tutela, CTC u otras razones planteadas en el libelo introductorio.

Advierte que dicha situación no comporta un simple error semántico sino conceptual en relación con lo pretendido, mismo que no tiene cabida pues no se atisba que las sumas hayan sido recobradas por vía administrativa y no hayan sido reclamadas en sede judicial dentro del término de caducidad fijado en el ordenamiento legal, en este sentido, al no reclamarse el reembolso de los valores correspondientes sino una indemnización producto del no pago de estas sumas, en los términos del Decreto 1281 del 2002 no es procedente la ordenación del gasto y no es factible su pago, toda vez que la sola presentación no genera derechos ipso facto y al existir debate respecto del recobro con la viabilidad del pago, debió iniciar fue una acción ordinaria dentro del término de caducidad para que se dilucidara si dichos recobros estaban o no incluidos en lo que cubre el pago por capitalización, si realmente eran extemporáneos y la consecuencia, y si se encontraban debidamente soportados.

Lo anterior, para ventilar la justificación de la glosa impuesta, y en ese escenario obtener el recaudo de los valores correspondientes, bien sea con intereses de mora o indexación, reiteró que no era viable que ante la inactividad de la demandante en relación con el cobro directo de los importes que se sufragaron y fueron glosados, pretenda revivir la posibilidad de su recaudo a través de suplicas indemnizatorias que carecen de fundamento.

Sostuvo que atendiendo a la normativa, si bien por una única vez se puede reclamar el recobro correspondiente en el entendimiento que no hubiere operado el fenómeno de la caducidad al que se refiere el Código Contencioso Administrativo y cierto resulta que al no reclamarse judicialmente los valores respectivos, evidenció el Despacho que los mismos fueron objeto de caducidad, luego ello también impide la alternativa de derivar un reconocimiento indemnizatorio a favor de la entidad demandante, resaltando que es un principio general del derecho que nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

Adujó que en este tipo de procesos no es dable ejercer facultades ultra y extra petita cambiando los términos de las pretensiones o deduciendo

eventuales condenas, pues ello solo se aplica cuando el demandante ostenta la calidad de trabajador o afiliado al sistema de seguridad social, no cuando se está ante un conflicto de entidades como es la EPS y el ADRES.

RECURSO DE APELACIÓN⁴

La **EPS SANITAS**, formuló recurso de apelación manifestando su inconformidad con lo esgrimido por el A quo, al considerar que lo pretendido por la actora era el reconocimiento indemnizatorio y no el reembolso de los recobros por los servicios de salud prestados, además de señalar que las pretensiones no se ajustaban con los hechos de la demanda, discurrió sobre las facultades oficiosas del juez y la obligación que le asiste de tomar las medidas de saneamiento, pues la sentencia debe atender los principios de consonancia y congruencia regulados en el artículo 281 del C.G.P.

Reprocho que el A quo hubiese negado las pretensiones de la demanda sin efectuar un adecuado análisis de los hechos, destaco que el ADRES incumplió con el pago de los servicios prestados lo que le impide a la entidad demandante cumplir con el objeto social, se refirió a la obligación del juez de interpretar la demanda para decidir de fondo respetando los principios de contradicción y congruencia.

Por otra parte, manifestó que el término de caducidad aplicable al presente asunto no es el previsto en la ley adjetiva de lo Contencioso Administrativo, sino el dispuesto en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en su artículo 151, el cual establece un término trienal para promover la respectiva acción judicial.

Finalmente, señaló que la reclamación administrativa de los recobros se hizo ante la entidad **correspondiente el 29 de diciembre del 2017** y la demanda fue radicada el 15 de abril del 2018, por lo tanto, se interrumpió el término prescriptivo de la acción que nos ocupa, solicitó que se tuviera en cuenta el dictamen pericial en especial la Glosa por extemporaneidad, pues si

⁴ Archivo 033, expediente primera instancia. Record (01:40:00 a 02:34:45)
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

bien, la Glosa se encontraba fundada también lo era, que los recobros si cumplían con todos los requisitos para ser reclamados en su momento. Frente al reconocimiento de los gastos administrativos e intereses señaló que se debe dar aplicación al artículo 4º del Decreto 1281 del 2002 teniendo en cuenta que el interés de mora se genera por el incumplimiento de los casos previstos para el pago o giro de los recursos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si los servicios de salud que prestó la demandante a sus afiliados, corresponden a insumos y procedimientos no incluidos en el POS para la época de la prestación del servicio; en cuyo caso afirmativo, se determinará si había lugar a la prestación de tales servicios en el marco del sistema general de seguridad social en salud, y en consecuencia, si es procedente el reconocimiento y pago de los mismos a cargo del demandado, además de los intereses moratorios y los gastos de administración reclamados.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Sala de Decisión procese a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

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

Conforme a lo anterior, el Plan de Obligatorio de Salud constituye una serie de parámetros o premisas que debían atender las EPS de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos los Acuerdos 008 del 2009 y 029 de 2011, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso.

En el literal f). del Art. 156 de la Ley 100 de 1993, se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS, se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS, deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, conforme al procedimiento previsto en las Resoluciones 03099, 458 de 2008, 4377 de 2010 y 3877 y 5395 de 2013, vigentes para la fecha en la que se efectuaron los respectivos trámites de recobros.

De acuerdo con lo anterior, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS, en dos eventos: 1. Cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de

tutela; y, 2. Cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o CTC, conforme al procedimiento y limitantes que se establecen para tal aprobación.

Igualmente, valga la pena traer a colación lo discurrido en la sentencia SL1227-2021, en la que esgrime la normatividad aplicable en esta materia, indicando inicialmente que de conformidad con el artículo 218 y 219 de la ley 100 de 1993 el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, hoy ADRES (Ley 1753 de 2015), cuenta con 4 subcuentas independientes, entre estas, la que conlleva a asumir los riesgos de promoción de la salud.

Adicionalmente, trae a la palestra la sentencia T-760 de 2008 para decir que el procedimiento para el recobro debe ser claro, preciso, y ágil, y define el recobro como:

“Ese derecho al recobro surge, por tratarse de un pago realizado por la EPS al que no se encuentra obligado ni legal ni reglamentariamente, y que le acarrearía la falta de flujo en los recursos y por ende, afectación en la sostenibilidad financiera, ya que los dineros que recibe a título de Unidad de Pago por Capitación - UPC, que es el valor per cápita que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, deben destinarse exclusivamente a costear los servicios de ese plan -POS-. Así, es al Estado, como garante del goce efectivo del derecho a la salud, a quien le corresponde reembolsar los valores gastados por las EPS por conceptos ajenos al POS, con la finalidad de que se garantice la prestación ininterrumpida del servicio a sus afiliados y usuarios”.

Igualmente, trae a colación lo establecido en el Decreto 1281 de 2002, artículo 7°, que enseña:

“Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios. (Subrayado fuera del texto).

Por lo tanto, con fundamento en lo dicho y en aplicación del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C. de P. C., hoy 167 del C. G. del P, es la parte demandante quien, atendiendo al postulado *onus probandi*, debe demostrar que los servicios de salud fueron efectivamente prestados y que además se llevó a cabo el cobro respectivo ante el FOSYGA, hoy ADRES, y por su parte la demandada, corre con la carga probatoria de demostrar que no hubo prestación del servicio o que existiendo éste, para su cobro no se ciñó a las reglas dispuestas en la Ley para tal efecto.

De igual forma, es de señalar que contrario a lo señalado por la demandada, los aspectos formales del trámite administrativo del recobro de salud, no son óbice para negar el estudio por la vía judicial, en la medida en que al no ser posible el reconocimiento y pago a través de la vía administrativa, no queda más que acudir al mecanismo judicial, por lo tanto, lo único que debe entrarse a verificar es si **se encuentra acreditada la factura, la prestación del servicio y el trámite general para el recobro**, esto es, por ejemplo si las glosas estuvieron fundadas o no, sin embargo, para esta Sala, poco o nada interesa el aspecto de sí el formato de reclamación se diligenció correctamente o no, máxime que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 es claro en disponer que la entidad obligada al pago, *“no podrá condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios”*, lo que significa que la demostración efectiva de la prestación del servicio es lo que verdaderamente interesa en la Litis, pues ello determinará si hay lugar al reembolso de los gastos sufragados por la EPS, con la finalidad de no afectar a los actores del sistema general de seguridad social, y de paso, garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población en general (Decreto 1281 de 2002).

Para determinar si los servicios de salud prestados por la entidad demandante ya se encontraban pagados mediante la UPC por tratarse de servicios POS, o si en su defecto se encontraban excluidos de los servicios contenidos en los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, se hace necesario efectuar las siguientes precisiones.

Esgrime la entidad demandada que las glosas impuestas son fundadas y que por ello no hay lugar a proferir condena, obra en el plenario medio magnético en el que consta el detalle de las glosas presentadas a las facturas objeto de recobro, del que se extrae que la causa común son las siguientes: *“El monto a reconocer presenta diferencias; No se evidencia la entrega de la tecnología en salud NO POS objeto de recobro; El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente; La solicitud se presenta en forma extemporánea (...); La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida; El Acta de CTC no se aporta o no contiene información requerida por la normativa vigente; Caducidad: el recobro supera el término de caducidad; No aporta número de radicado anterior o el mismo no corresponde al asignado en el proceso ordinario de radicación; El fallo de tutela o sus anexos no se soportan o no contienen la información requerida”.*

Es preciso señalar, que al analizar el Dictamen Pericial No. AGS2019.325.1250DPVF3.2017 BASE165, este enseña que las tecnologías de salud objeto de recobro fueron prestadas en el periodo comprendido entre el 20 de agosto del 2009 al 30 de octubre del 2015, luego de realizar una descripción Ítem por Ítem sobre el número del recobro y el ítem, el número de identificación del usuario, el nombre completo del mismo, el valor del recobro por ítem, la fecha de prestación del servicio, la observación explicativa del perito porque se considera de acuerdo a la normatividad que no está incluido en los contenidos del POS, y finalmente la clasificación pericial al ítem recobrado, concluyo lo que adelante se enseña:

AGRUPACIÓN	CANTIDAD DE ÍTEMS	VALOR	CALIFICACIÓN PERICIAL
------------	-------------------------	-------	--------------------------

2017-165 TECNOLOGÍAS EN SALUD NO POSSUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994, ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCIÓN 5521 DE 2013, RESOLUCIÓN 5592 de 2015 Tecnologías en salud entregadas SANITAS EPS en el periodo comprendido entre el 20 DE AGOSTO DE 2009 Y EL 30 DE OCTUBRE DE 2015 TECNOLOGÍAS NO POS CON IMAGEN TABLA 6.1.	30	\$ 101.843.248.34	NO POS
2016-133 TECNOLOGÍAS EN SALUD NO POS SUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994, ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCIÓN 5521 DE 2013, RESOLUCIÓN 5592 de 2015 Tecnologías en salud entregadas SANITAS EPS en el periodo comprendido entre el 20 DE AGOSTO DE	8	\$ 68.403.835.33	

2009 Y EL 30 DE OCTUBRE DE 2015 TECNOLOGÍAS NO POS CON IMAGEN TABLA 6.2.			
TOTAL	38	\$170.247.083.67	NO POS

AGRUPACIÓN	CANTIDAD DE ÍTEMS	VALOR	CALIFICA CIÓN PERICIAL
2017-165 TECNOLOGÍAS EN SALUD POS SUMINISTRADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5261 DE 1994, ACUERDO 008 DE 2009, ACUERDO 029 DE 2011, RESOLUCIÓN 5521 DE 2013, RESOLUCIÓN 5592 de 2015 Tecnologías en salud entregadas SANITAS EPS en el periodo comprendido entre el 20 DE AGOSTO DE 2009 Y EL 30 DE OCTUBRE DE 2015 TECNOLOGÍAS NO POS CON IMAGEN TABLA 6.3	2	\$ 1.027.645,00	POS
TOTAL	2	\$ 1.027.645,00	POS

Respecto las tecnologías de la salud NO POS estas encuentran su soporte en las tablas adjuntas al dictamen pericial obrante a folios 75 a 92 del

archivo “18DictamenPericial2021902” del expediente de primera instancia, de igual forma, en archivo Excel adjunto al mentado archivo en mención, se encuentra el documento AGS2019.325.1250DPVF3.2017 BASE165, en el cual se resume el dictamen así: 30 recobros NO POS con imagen en la suma de \$101.843.248,34; 8 recobros NO POS sin imagen en la suma de \$68.403.835,33; 2 recobros POS en la suma de \$1.027.645,00 y; 10 Glosas justificadas en la suma de \$327.335.554,73.

Cabe mencionar que en el precitado dictamen, el perito señaló los siguientes recobros como NO POS sin imagen: 115260345, 115260398, 90006550, 114645086, 114645222, 114643027, 115260461 y 90005530⁵, los cuales se pueden dividir en cuatro grupos según el tipo de Glosa impuesta

Grupo 1. No se evidencia la entrega de la tecnología en salud No POS objeto de recobro: 115260345, 115260398, 114645086.

Grupo 2. Caducidad: el recobro supera el término de caducidad: 90006550, 90005530.

Grupo 3. La tecnología en salud objeto de recobro ha sido presentada o pagada con anterioridad por el Fosyga: 114645222, 114643027.

Grupo 4. La tecnología en salud autorizada u ordenada facturada y entregada está incluida en el POS para la presentación del servicio: 115260461.

Pues bien, de lo anterior es dable concluir que no se puede realizar el reconocimiento de los recobros 115260345, 115260398, 114645086, 90006550, 90005530, 114645222 y 114643027, como quiera que la parte actora no allegó prueba de la prestación del servicio, lo que inclusive fue motivo de Glosa. Por el contrario, se observa que frente al recobro 115260461 la Glosa impuesta no guarda relación con la carencia de documentos y que

⁵ Folio 89 al 92 DictamenPericial
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

según lo manifestado por el perito la Glosa se encuentra infundada, de lo cual se desprende que dicho recobro deba reconocerse.

Ahora bien, respecto los recobros No POS con imagen debe indicarse que fueron relacionados por el perito los siguientes: 107613120, 111714710, 101473150, 115134725, 101473151, 111714713, 110859969, 111410191, 102181169, 101473157, 119944128, 101473032, 90013130, 113026654, 114951403, 113367124, 114333677, 108331796, 102285866, 110859972, 111676477, 110095787, 116042244, 109999595, 110674740, 114130867, 113284786, 107530256, 110005554, 109861575, 114950261, 111885951, 112806288, 111676449, 116042243 y 107718681.

Por otra parte, debe recordarse que en el precitado dictamen a folio 25 se informó que los siguientes recobros cuentan con Glosa justificada por extemporaneidad: 90006550, 115262075, 115260345, 101473150, 115260398, 101473151, 102181169, 101473157, 101473032 y 102285866, por presentarse por fuera del término dispuesto en el 13 del Decreto Ley 1281 del 2002 modificado por el artículo 111 del Decreto Ley 019 del 2012.

Al respecto debe indicarse que la mentada disposición hace alusión al trámite administrativo para el recobro por la mencionada Glosa a cargo del Fosyga, y no al trámite judicial, último que se ciñe por “*las formas procesales, las disposiciones adjetivas que de acuerdo con la naturaleza del litigio, la jurisdicción y la competencia corresponda*”, en tal sentido, la norma aplicable es la dispuesta en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S.

Del análisis de los elementos suasorios allegados al despacho se tiene que los recobros Glosados por extemporaneidad presentan las siguientes novedades:

NO. DE RECOBRO	FECHA DE PRESTACIÓN DE SERVICIO	FECHA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA
-------------------	---------------------------------------	---

90006550	20/08/2009	02/08/2010
115262075	18/05/2012	05/08/2013
115260345	20/12/2012	20/02/2014
101473150	13/04/2012	17/03/2014
115260398	27/12/2011	14/04/2014
101473151	15/06/2012	20/10/2014
102181169	13/12/2012	15/04/2014
101473157	16/11/2012	17/03/2014
101473032	28/09/2012	20/10/2014
102285866	17/04/2012	21/04/2014

Ahora bien, para decantar si los recobros antes mencionados se encuentran afectados por la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la parte demandada, se hace necesario reiterar que existe norma especial como lo es el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S., y el artículo 488 del C.S.T, que establece el término trienal en materia laboral y de la seguridad, por lo tanto, resulta imperiosa su aplicación.

En ese sentido, se tiene que los servicios de salud objeto de los recobros arriba mencionados, fueron prestados por el lapso comprendido entre el 20 de agosto del 2009 al 30 de octubre del 2015 y los recobros que interrumpen el término de prescripción fueron realizados entre el 07 de septiembre del 2010 al 28 de junio del 2016 y la demanda fue presentada el 09 de mayo del 2018, así las cosas, es dable concluir que los recobros radicados antes del 09 de mayo del 2015 se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Colofón resulta que al verse afectados los recobros Glosados con extemporaneidad por el fenómeno de la prescripción por haberse radicado antes del 09 de mayo del 2015, es dable concluir que no procede su pago.

Es de precisar, que contrario a lo manifestado por la recurrente frente a la fecha de radicación de los recobros, se observa que estos, fueron reclamados en sede administrativa en diferentes tiempos u oportunidades, tal aspecto puede observarse en las tablas que hacen parte integral del presente

proveído, donde respecto los recobros que se pretenden su radicación data entre el 20 de agosto del 2009 al 30 de octubre del 2015 como arriba se indicó, debiendo advertirse que ninguno de recobros fue radicado el 29 de diciembre del 2017, por lo tanto, la afirmación realizada por la recurrente respecto de que todos se radicaron en dicha calenda, resulta desproporcionado y carente de sustento probatorio.

Para la Sala, en consonancia con el artículo 232 del CGP, conforme al cual corresponde al fallador la apreciación del dictamen bajo las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos, se puede colegir que en efecto, dentro del presente asunto, el dictamen pericial goza de pleno valor probatorio, ya que el perito indicó con suma precisión, no solo la metodología empleada en la elaboración del mismo, sino también hace la mención de cuales medicamentos son NO POS. En síntesis, luego de un análisis exhaustivo al Dictamen pericial practicado, se advierte que los recobros allí estudiados aún no han sido cancelados.

Decantado lo anterior, analizada la tabla 6.1. del Dictamen pericial y la tabla Excel denominada “Apoyo técnico”, las cuales informan sobre la fecha de radicación de los recobros objeto de Litis, se concluye que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES adeuda la suma de \$79.285.602,00., correspondientes a 19 facturas de recobro que se relacionan a continuación.

TABLA DE MEDICAMENTOS NO POS RECOBRABLES

RADICADO FOSYGA	NO. ÍTEM	SERVICIO	FECHA DE RADICACIÓN	ESTADO	VALOR DE RECOBRO
115260461	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	15/05/2014	PRESCRITO	
107613120	1	COLOCACION DE IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	15/01/2015	PRESCRITO	
111714710	1	EXPLANTE DE CARDIODESFIBRILADOR E	13/08/2015	NO PRESCRITO	1.744.824,00

		IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR			
115134725	1	EXPLANTE E IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	15/12/2015	NO PRESCRITO	786.200,00
101473151	1	EXPLANTE E IMPLANTE DE MARCAPASOS TRICAMERAL + CARDIODESFIBRILADOR + CAMBIO DE ELECTRODO DE VENTRICULO IZQUIERDO	17/03/2014	PRESCRITO	
111714713	1	EXPLANTE/IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR REACOMODACION DE ELECTRODO	13/08/2015	NO PRESCRITO	1.142.527,00
110859969	1	IMPLANTACION DE CARDIODESFIBRILADOR CON RESINCRONIZADOR	17/06/2015	NO PRESCRITO	1.250.750,00
111410191	1	IMPLANTACION DE CARDIODESFIBRILADOR CON RESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	15/07/2015	NO PRESCRITO	437.302,00
119944128	1	IMPLANTE ANILLOS INTRAESTROMALES OD + FENTOSEGUNDO OJO IZQUIERDO	15/06/2016	NO PRESCRITO	798.649,00
90013130	1	IMPLANTE COCLEAR GASTOS QUIRURGICOS	03/01/2013	PRECRITO	
113026654	1	MPLANTE COCLEAR OIDO DERECHO	17/09/2015	NO PRESCRITO	31.801,00
114951403	1	IMPLANTE COCLEAR SONATA UNILATERAL IZQUIERDO INCLUYE HONORARIOS Y DISPOSITIVO	15/12/2015	NO PRESCRITO	1.359.195,00
113367124	1	IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES + FENTOSEGUNDO OIDO	22/03/2016	NO PRESCRITO	880.590,00
114333677	1	IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES AMBOS OJOS	17/11/2015	NO PRESCRITO	2.680.559,00
108331796	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	18/06/2015	NO PRESCRITO	716.619,00
110859972	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	17/06/2015	NO PRESCRITO	1.340.501,00
111676477	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	13/08/2015	NO PRESCRITO	1.180.547,00
110095787	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	20/05/2015	NO PRESCRITO	184.189,00
116042244	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR (INCLUYE DISPOSITIVO)	20/11/2015	NO PRESCRITO	57.475.165,00
109999595	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR (SEGUN ESPECIFICACIONES) NO INCLUYE HONORARIOS	20/05/2015	NO PRESCRITO	281.123,00

		DE ANESTESIOLOGO			
110674740	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR + DISPOSITIVO NO INCLUYE HONORARIOS ANESTESIOLOGO	17/06/2015	NO PRESCRITO	1.009.040,00
114130867	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR INCLUYE INSUMO NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	17/11/2015	NO PRESCRITO	4.475.927,00
113284786	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS ANESTESIOLOGO	15/10/2015	NO PRESCRITO	1.510.094,00
107530256	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	15/01/2015	PRESCRITO	
110005554	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	20/05/2015	NO PRESCRITO	409.237,00
109861575	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	20/05/2015	NO PRESCRITO	28.894,00
114950261	1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTIOSOLOGO	15/12/2015	NO PRESCRITO	96.964,00
111885951	1	IMPLANTE DE MARCAPASO TRICAMERAL PARA RESINCRONIZACION CARDIACA NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO	18/08/2015	NO PRESCRITO	1.220.027,00
112806288	1	IMPLANTE PERMANENTE DE BOMBA DE BACLOFENO INCLUYE MEDICAMENTO	16/09/2015	NO PRESCRITO	10.267.411,00
111676449	1	IMPLANTE Y EXPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR DESFIBRILADOR	13/08/2015	NO PRESCRITO	368.403,00
116042243	1	PROGRAMACION DE IMPLANTE COCLEAR	20/11/2015	NO PRESCRITO	334.203,34
107718681	1	REPARO ENDOVASCULAR DE ANEURISMA (IMPLANTACION DE ENDOPROTESIS AORTICA)	15/01/2015	PRESCRITO	

\$79.285.602,00

Intereses moratorios y Gastos Administrativos.

Frente a los Intereses moratorios que pretende la parte demandante en la demanda, es menester precisar que el Decreto 1281 de 2002, *“Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”*, en su artículo 4º dispone que *“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*.

A su vez, el Art. 13 del referido decreto estableció que, la cuenta de cobro al Fosyga debía ser presentada dentro de los 6 meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, norma que fue modificada por el art. 111 del Decreto 019 de 2012, en el que se previó un término máximo de un año, vigente a partir del 10 de enero de 2012 (antes de que transcurriera el término anterior respecto a las facturas, objeto de recobro), plazo que en consideración de la Sala, debe tenerse en cuenta para efectos de establecer la procedencia de los intereses moratorios, además, lo precisado en la Resolución No. 3099 de 2008, respecto a que en los casos de recobros por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

Adicionalmente, el Capítulo II de la Resolución No. 3099 de 2008 regula el procedimiento para efectuar recobros al Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidos en el POS y fallos de tutela, y concretamente el Art. 13 establece que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto cuenta con el término de 2 meses para cancelar las sumas de dinero que sean recobradas por las EPS.

Verificadas cada una de las facturas a las que se condenará al pago por parte de la demandada con sus respectivos anexos, y la información aportada al expediente, se observa que fueron presentadas ante el FOSYGA dentro del plazo máximo de un año ya referido, información que se encuentra cotejada al revisar la fecha de prestación del servicio visible en el aludido dictamen pericial, con la fecha de radicación del recobro visible en la tabla denominada “Apoyo técnico” del expediente de primera instancia.

Por último, se absolverá a la demandada del reconocimiento de los gastos administrativos procurados, pues su pago no encuentra respaldo legal alguno ni tampoco se acreditó su causación.

Sin Costas en esta instancia por no haberse causado. Las costas de primera instancia lo serán a cargo de la demandada ADRES, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, a reconocer y pagar a favor de la EPS SANITAS S.A., la suma de **\$79.285.602,00**, correspondientes a los servicios de salud prestados por la demandante a sus afiliados, que se encontraban excluidos del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, tal como se indicó en las motivaciones anteriores.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a reconocer y pagar a favor de la EPS SANITAS S.A., los

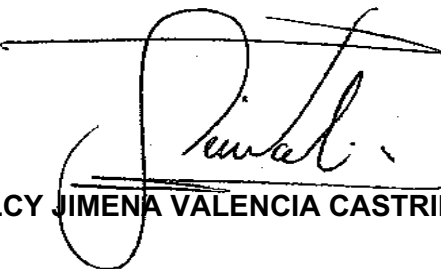
intereses moratorios generados por el retardo en el pago de las facturas presentadas en tiempo oportuno, los que deberán ser liquidados al momento del pago efectivo, según lo dispuesto en el Artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, teniendo en cuenta como fecha de generación de dichos intereses el primer día del tercer mes contabilizado desde la presentación de cada recobro.

TERCERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, del pago de los gastos administrativos reclamados por la activa, por las razones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia lo serán a cargo de la demandada ADRES, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-046-2023-00051-01
DEMANDANTE:	Mauricio Enrique Carrillo Rozo
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 25 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, frente a la sentencia del 25 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MAURICIO ENRIQUE CARRILLO ROZO** contra **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-046-2023-00051-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S.A. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que, desde el 3 de agosto de 1993 al 1 de febrero de 1997, cotizando un total de 71, 00 semanas. Que, para el mes de diciembre de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de COLPATRIA hoy POVENIR S.A.S, entidad que de manera errónea le informó que el ISS se iba a extinguir y no había posibilidad para pensionarse a futuro, por esa razón decide trasladarse a los fondos privados por creer que era la mejor opción para no perder la pensión. En consecuencia, la afiliación se dio con omisión del deber de información, que no recibió al momento del traslado de régimen la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que elevó derecho de petición ante COLPENSIONES para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa calendada el 7 de octubre de 2022.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo, que la afiliación no se efectuó por una mala asesoría, contrario a lo

¹ Fs. 1-15 Archivo 002 Expediente Digital

² Fs.2-30 Archivo 011 Expediente Digital

manifestado, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud No. 01118523, que fue producto de una decisión libre, espontánea e informada.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el afiliado se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible tener al demandante como afiliado activo al RPM, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Así mismo, suscribió el formulario de afiliación al RAIS en el año de 1999, por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el cual, estableció en el numeral 1. ° 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”* Frente a los hechos aceptó la vinculación al RPM junto con el número de semanas cotizadas y la reclamación elevada.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de Colpensiones, Cobro de lo no debido, falta de

³ Fs. 2-25 Archivo 005 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por MAURICIO ENRIQUE CARRILLO ROZO con destino a la AFP Porvenir SA, el 16 de diciembre de 1998; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de MAURICIO ENRIQUE CARRILLO ROZO como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas **QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un SMLMV a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante. **SEXTO: REMÍTASE** el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamentos de su decisión, la *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, aduciendo para el efecto, que no comparte la decisión de devolver los gastos de administración, rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía mínima y seguros previsionales, de forma indexada, pues esa posible devaluación que puede haberse presentado se corrige con los rendimientos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizado por MAURICIO ENRIQUE CARRILLO ROZO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera

informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y

31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** el 16 de diciembre de 1998, con fecha de efectividad el 1 de febrero de 1999 hasta la fecha, **única prueba acercada en**

relación con el acto de la afiliación al RAIS, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.** no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a **PORVENIR S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la recurrente, pues el demandante fue claro en indicar que para el año 1998, se afilió debido que se acercó un asesor de PORVENIR S.A. a la Clínica el Bosque donde se encontraba laborando, que el asesor realizó una reunión con enfermeras y demás médicos, informando que el ISS se iba acabar y los aportes que había realizado desaparecería. Al cuestionarse si recibió una asesoría completa acerca de las características de cada régimen, contestó que el asesor le informó que en el RAIS

iba a recibir una pensión mayor a la que obtendría en el ISS. Manifestó que uno de los argumentos para el traslado es que los asesores le prometieron que se pensionarían con una edad inferior en el régimen de prima media, sin embargo, nunca le informaron cómo se financiaba la pensión en el RAIS, las características de cada régimen ni mucho menos le realizaron una proyección de su mesada pensional. (Archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y

los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de indexación. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A** por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una

suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

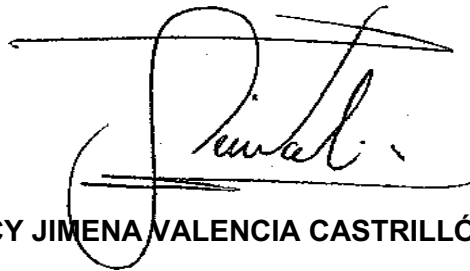
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-00899-01
DEMANDANTE:	NOHORA ELVIRA MANRIQUE COMO AGENTE OFICIOSO DE MARÍA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE
DEMANDADO:	SERVICIO DE SALUD DE ECOPETROL S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 06 de Julio de 2023
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	SERVICIOS MÉDICOS
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia del 06 de julio de 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **NOHORA ELVIRA MANRIQUE** como agente oficioso de **MARÍA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE** contra **SERVICIO DE SALUD DE ECOPETROL S.A.**, con radicado No. **11001-22-05-000-2023-00899-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción, actuando a través de agente oficioso, presenta petición ante la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para Funciones Jurisdiccionales y de Conciliación contra el **SERVICIO DE SALUD DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL S.A.**, para que mediante sentencia judicial, se ordene a la demandada “(...) cubra directamente el **Cuidado por Auxiliar de Enfermería: 12 horas de Domingo a Domingo**, tal y como la misma empresa lo autorizo (sic), *sin ningun (sic) tipo de barrera para mi señora madre*”.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que la señora María Antonia Alfonso de Manrique cuenta con 84 años de edad y se encuentra afiliada a la entidad demandada desde hace al menos 10 años. Que ha sido diagnosticada con **“M150 OSTEOARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA, GONARTROSIS BILATERAL, ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, DEMENCIA VASCULAR y FIBRILACION (sic) AURICULAR”**.

Por tal motivo, la demandada ha ordenado el siguiente plan domiciliario:

1. Consulta de Enfermería Mensual: Servicio que se prestará a través de Cruz Roja.
2. Consulta de Medicina General una vez al mes: Servicio que se prestará a través de Cruz Roja.
3. Terapia Ocupacional: 3 sesiones por semana.
4. Terapia Física: 4 sesiones semanales.
5. Terapia Respiratoria: 3 sesiones semanales.
6. Cuidado por auxiliar de enfermería: 12 horas de domingo a domingo.

Dijo que la orden del cuidado por auxiliar de enfermería, no ha sido cumplida, porque *“Ecopetrol dice que tenemos que recibirle hojas de vida de enfermeras y enviárselas para que ellos den el visto bueno si cumple con el perfil, que tenemos que hacerle un contrato de prestación de servicios porque Ecopetrol no responde por esa persona, que nosotros tenemos que pagar y después pedir el reembolso, que ellos no*

¹ Carpeta 1 del Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

pueden prestar el servicio en Chitaraque porque no hay cobertura de sus prestadores". Finalmente, dijo que sus recursos no son ilimitados y no cuentan con el dinero para pagar los gastos de la forma en que Ecopetrol se los propone.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

SERVICIOS DE SALUD DE ECOPETROL

La demandada se opuso a las pretensiones aduciendo para el efecto que, ha estado atenta a los servicios de salud que requiere la señora María Antonia Alfonso de Manrique y en ningún momento se ha negado a brindar la atención médica que ella ha requerido. Que la mencionada señora informó el cambio de residencia de Cúcuta -Norte de Santander al Municipio de Chitaraque en Boyacá, a partir del 2 de noviembre de 2022. Que el municipio de Chitaraque es una localidad pequeña, ubicada a 105 Km de la ciudad de Tunja, con una red de prestadores compuesta únicamente por la ESE Centro de Salud de Chitaraque, según el registro de prestadores del Ministerio de Salud.

Añadió que ha buscado por todos los medios dar continuidad a todas las recomendaciones médicas que se han dado a la paciente; es así como incluso a través de la Cruz Roja se le han atendido las necesidades de salud. Que si bien se ha indagado con varias instituciones para otorgar el servicio de enfermería a la paciente en el mencionado municipio de Chitaraque, por la escasa oferta en dicho municipio no ha sido posible que a través de alguna institución le sea suministrado, razón por la que la Empresa se vio en la necesidad de ponerle en conocimiento a la parte actora, que ellos previo consentimiento del señor Emilio Manrique y sus familiares, contrataran el servicio y a través de reembolso Ecopetrol S.A. se les cubrirían los costos en los que incurran. De otro lado, indicó que se ha encontrado alternativa a través del prestador Global Life perteneciente a la red de Boyacá, con el que se adelantan las acciones correspondientes para iniciar la prestación de este servicio.

² Carpeta 3.1 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

Formuló como excepciones de mérito: Falta de causa e inexistencia de la obligación respecto de Ecopetrol, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia S2023-000755 del 6 de julio de 2023, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a la demandada garantizar a la actora lo siguiente: en un término máximo de 48 horas, en coordinación con sus familiares, definir la fecha concreta del mes de julio de 2023 en que será trasladada desde el municipio de Chitaraque a la ciudad de Cúcuta- Norte de Santander como su nuevo lugar de residencia; una vez se agote lo anterior, se garantice a la usuaria y a su acompañante, sin ningún tipo de traba administrativa, el transporte especializado para el traslado desde el municipio de Chirataque a la ciudad de Cúcuta Norte de Santander, como nuevo lugar de residencia; en un término no mayor a 7 días, autorice y garantice el acceso efectivo y material dentro de su lugar de residencia en la ciudad de Cúcuta Norte de Santander, el servicio de enfermería de 12 horas de domingo a domingo.

Como fundamento de su decisión, señaló el A quo, que según lo manifestado por la demandante, al no ser posible conseguir la profesional de salud que preste el servicio de enfermería a la señora MARÍA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE dentro del municipio de Chitaraque, y ante la dificultad del financiamiento o contratación de los servicios por los familiares, para luego solicitar el desembolso de los costos, tal como lo sugiere el demandado, pone en consideración que se garantice y se asuma el gasto del transporte para el traslado del domicilio de la usuaria a la ciudad de Cúcuta, a partir del mes de julio de 2023, dado que se trata de un adulto mayor de 83 años en silla de ruedas.

En este sentido, dijo que no tienen vocación de prosperidad las excepciones planteadas por la defensa de la demandada, en tanto le asiste completa responsabilidad frente al servicio requerido por la señora MARÍA ANTONIA

³ Carpeta 4 del Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

ALFONSO DE MANRIQUE, sin que exista la configuración de ninguna causal que lo exima de responsabilidad, más aún, partiendo de la base que dentro del caso que nos ocupa, la defensa se ha basado en aspectos meramente administrativos y contractuales, sin sopesar la realidad de la familia y las condiciones de salud de la usuaria, quien al ser además un sujeto de protección constitucional, se le debe permitir de manera prioritaria el acceso a los servicios de salud, sin anteponerse dichos aspectos.

Por tanto, indicó que del análisis armónico de la normativa aplicable, agregado al material probatorio allegado al expediente, y en aras de garantizar la vida, la dignidad y la salud de la señora MARÍA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE, es procedente acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido que la demandada asuma el traslado de la afiliada, dentro del municipio de Chitaraque a la ciudad de Cúcuta Norte de Santander, en coordinación con los familiares de la paciente en el mes de julio de 2023, a efectos de que una vez instalada la paciente en su nuevo lugar de residencia, se le preste de manera efectiva dentro del término no mayor a siete (7) días, el servicio de enfermería de doce (12) horas de Domingo a Domingo que le fue definido el 16 de mayo de 2023.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte DEMANDADA, presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo manifestó que, se cumplió con todo lo que legal y medicamente le corresponde a la entidad, no pudiendo ser obligada a lo imposible y al tiempo a asumir costos médicos excepcionales bajo un régimen exceptuado por un servicio de transporte que en estricto sentido no está a cargo de Ecopetrol S.A., cuando en el caso particular el traslado de la actora al municipio de Chirataque no fue por disposición de Ecopetrol S.A., sino por decisión de su núcleo familiar, de la misma manera el retorno de la actora al municipio de Cúcuta debería hacerse con cargo a su núcleo familiar.

Señaló que la decisión tomada por el A quo, si bien se centró en la toma de una decisión, no dirimió de fondo el asunto objeto de la *litis*, respecto del cual es importante también reiterar los aspectos de la defensa señalados al momento de

dar oportuna contestación a la demanda, relativos a que no ha existido negativa por parte de Ecopetrol S.A. de suministrar el servicio de salud a la actora en el municipio de Chirataque, bajo la modalidad de reembolso, habida cuenta la imposibilidad de suministrar directamente el servicio por parte de Ecopetrol S.A en ese municipio, bajo el esquema pretendido por el núcleo familiar. También indicó que quedó debidamente demostrado en el expediente que el núcleo familiar de la actora cuenta con los recursos suficientes para el pago del servicio de enfermería y posteriormente, solicitar el reembolso ante Ecopetrol S.A.

Concluyó advirtiendo que la orden de primer grado hace incurrir a la entidad en costos por prestación de servicios que no son de su competencia, lo cual genera un notorio detrimento del patrimonio público, responsabilidad fiscal que en realidad debe ser asumida por el funcionario que imparta la orden.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁴, determinar si se equivocó el A quo al no acceder a la prestación de los servicios de auxiliar de enfermería a favor de la activa a través de la modalidad de reembolso, propuesta por la encartada, e imponerle la carga a dicha entidad de asumir los gastos de transporte de la señora MARÍA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE a la ciudad de Cúcuta.

CONSIDERACIONES

Procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los precisos términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en

4

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

salud pueden pretender mediante un proceso verbal sumario la resolución de los conflictos relacionados con la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el plan de beneficios, cuando su negativa por parte de las EPS o las entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

En el *sub lite*, no existe discusión en cuanto a que la señora María Antonia Alfonso de Manrique, en la actualidad cuenta con 85 años, como emana de la copia de su cédula de ciudadanía, aunado a que se encuentra afiliada a la entidad accionada en calidad de beneficiaria del señor Emilio Manrique Alfonso, como madre (Archivo 2 carpeta 1 del ED). Igualmente, se encuentra probado que la señora Alfonso de Manrique presenta los siguientes diagnósticos: artrosis, gonoartrosis bilateral, enfermedad de Alzheimer, demencia vascular y fibrilación auricular anticoagulada, conforme a su historia clínica (Archivo 3 carpeta 1 del ED). Adicionalmente, por aceptación de la demandada en su escrito de contestación, es claro que la entidad demandada le ordenó a la afiliada, entre otros servicios, el de cuidado por auxiliar de enfermería por 12 horas de domingo a domingo, lo cual debe ser asumido por la convocada, pues esta no hace ningún reparo sobre ello, por el contrario, acepta que la prestación del servicio es de su competencia.

En claro lo anterior, procede la Sala a desatar los problemas jurídicos planteados, para lo cual ha de memorar que la encartada reprocha la decisión de primer grado, por cuanto le impuso la orden de asumir los gastos de transporte para el cambio de residencia de la señora MARÍA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE al municipio de Chiritaque- Boyacá a la ciudad de Cúcuta, pues considera que tal costo lo debe asumir el núcleo familiar de la afiliada, dado que el hecho de que esta tuviera como domicilio el Municipio de Chiritaque, lo fue por decisión de sus familiares; aunado a ello, aduce que ha cumplido con las obligaciones legales que en materia de salud le competen y, que el fallo de primer grado, de ninguna manera definió de fondo la controversia, dado que en el escrito de la contestación de la demanda se refirió que la entidad estaba dispuesta a reembolsar los costos de auxiliar de enfermería que se contrataran directamente por el núcleo familiar de la afiliada en el municipio de Chiritaque, habida cuenta la imposibilidad de suministrar directamente el servicio por parte de Ecopetrol S.A. en ese municipio, más aún

cuando se acreditan ingresos familiares para el efecto, empero el A quo no hizo ningún pronunciamiento al respecto.

Sobre tales aspectos, se impone advertir en primer lugar, que no le asiste razón a la encartada cuando aduce que en el fallo proferido por el A quo nada se definió frente a la propuesta que planteó relativa a asumir los servicios de auxiliar de enfermería a través de la modalidad de reembolso, pues sobre tal aspecto, el cognoscente indicó que: *“En este sentido, para este Despacho no tienen vocación de prosperidad las excepciones planteadas por la defensa de la demandada, en tanto le asiste completa responsabilidad frente al servicio requerido por la señora **MARIA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE** sin que exista la configuración de ninguna causal que lo exima de responsabilidad, más aún, partiendo de la base que dentro del caso que nos ocupa, se ha basado la argumentación de la demandada en aspectos meramente administrativos y contractuales sin sopesar la realidad de la familia y la propia de las condiciones de salud de la usuaria quien al ser además, un sujeto de protección constitucional se le deben permitir de manera prioritaria el acceso a los servicios de salud sin anteponerse dichos aspectos por parte de SERVICIO DE SALUD DE ECOPETROL”.*

En todo caso, considera la Sala pertinente resaltar que en el caso concreto no resulta atendible la propuesta formulada por la demandada para hacer efectiva la prestación de servicio denominado cuidado por auxiliar de enfermería a domicilio, en tanto la misma entidad en su contestación de la demanda ha indicado que en el Municipio de Chiritaque no existe ningún prestador habilitado por el Ministerio de Salud que disponga del mismo, luego no resulta lógico que se le imponga a la afiliada y a su familia la responsabilidad de contratar este tipo de profesional, en un lugar en el cual es casi imposible su consecución, lo cual también es ratificado por el extremo demandado, pues nótese que el A quo procedió a establecer comunicación telefónica con la parte actora, como se advierte en el informe obrante en la carpeta 4.1 del expediente digital, expresando la activa que:

“Con el objeto de contrastar la información suministrada por el Servicio de Salud de Ecopetrol se decidió establecer comunicación con la agente oficiosa e hija de la paciente MARIA ANTONIA ALFONSO DE MANRIQUE, señora NOHORA ELVIRA MANRIQUE ALFONSO, el día 26 de junio de 2023, quien se encuentra en CHITARAQUE obteniéndose la siguiente información: “(..)manifiesta que en primer lugar no se consigue enfermera que preste ese servicio en dicho municipio y 2º lugar

existe una dificultad adicional para el financiamiento o contratación de los servicios porque los reembolsos que realiza Ecopetrol de los gastos en que se ha incurrido en su atención se han demorado hasta 2 meses para el pago de las terapias, situación que dificulta la contratación de enfermería por parte de la familia a pesar de ser autorizado el reembolso, puesto que se les imposibilita asumir la atención de su señora madre de estas 2 profesionales, razón por la cual la hija y agente oficiosa puso en consideración del Servicio de Salud de Ecopetrol el traslado de Domicilio de su madre y de ella misma para la ciudad de Cúcuta, para lo cual en consideración a que su madre es usuaria de silla de ruedas solicita un transporte especial de pacientes que la traslade a partir del mes de julio de 2023, de Chitaraque a la ciudad de CÚCUTA al lugar de su nueva residencia.” (Subraya fuera de texto).

Así pues, al margen de la situación económica en la que se encuentre la afiliada Alfonso de Manrique y su núcleo familiar, resulta irracional imponerle la carga de conseguir a través de sus cuidadores, el servicio de auxiliar de enfermería a domicilio de manera directa, para luego reembolsar el costo por parte de la entidad, cuando los extremos procesales coinciden en afirmar que tal servicio no se consigue en el municipio de residencia de la afiliada, menos aun cuando no existe duda que es la entidad demandada la obligada a suministrar el cuidado por enfermería a domicilio, a una persona que además, es un sujeto de especial protección constitucional.

Bajo ese contexto y teniendo en cuenta que telefónicamente la hija de la afiliada manifestó ante la primera instancia su disposición de cambiar de residencia a la señora Alfonso de Manrique a la ciudad de Cúcuta, a efectos de que pueda acceder al servicios de cuidado de enfermería a domicilio, resulta acertada la decisión adoptada por el A quo, de ordenar a la convocada asumir los costos del transporte especializado de la paciente y de un acompañante, no sólo porque tal circunstancia facilita a la encartada la efectiva prestación del servicio requerido por la adulta mayor, sino porque el costo del transporte se encuentra incluido en el PBS cuando sea necesario que el paciente se movilice de un municipio a otro (transporte intermunicipal), como así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-277 de 2022, al modular que:

“35. De hecho, el servicio de transporte de pacientes fue incluido en el Plan de Beneficios en Salud -PBS- bajo unas condiciones específicas. En particular, los artículos 121 y 122 de la Resolución 2481 de 2020 -normativa aplicable al caso concreto en razón del momento de presentación de la acción de tutela que ocupa la

atención de la Sala- regulan las circunstancias específicas en las cuales las EPS están obligadas expresamente a prestar el servicio de transporte a sus afiliados.

36. Sobre el punto, este Tribunal ha diferenciado entre las nociones de transporte intermunicipal (traslado entre municipios) y transporte intramunicipal (traslados dentro del mismo municipio).^[37] En general, el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (intermunicipal), con el fin de acceder a un servicio médico que también se encuentre incluido en el PBS.

37. En consecuencia, en principio, el transporte fuera de los eventos contemplados por el PBS, como es el caso del transporte intramunicipal, corresponde a un servicio que debe ser sufragado, por regla general, por el paciente y/o su núcleo familiar o red de apoyo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la ausencia del servicio de transporte puede constituir, en ciertas circunstancias, una barrera de acceso a los servicios de salud, y que existen situaciones en las que los usuarios del sistema requieren de servicio de transporte que no está cubierto expresamente por el PBS para acceder efectivamente a los procedimientos médicos asistenciales ordenados para su tratamiento.

38. En estos casos, la Corte ha establecido que las EPS deben brindar dicho servicio de transporte no cubierto de manera expresa por el PBS, específicamente, cuando “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”^[38]

39. Asimismo, esta Corporación no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio transporte para el usuario sino también para un acompañante en la medida en que el PBS con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación [UPC] no contempla esa posibilidad. Para tal fin, ha establecido que se debe corroborar que el paciente “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.”^[39]

40. Las reglas previstas en los párrafos anteriores constituyen las razones de decisión empleadas en aquellos casos en los cuales diversas Salas de Revisión han estudiado expresamente la viabilidad de ordenar a una EPS que se encargue de sufragar el servicio de transporte para personas que requieren, algunas veces con acompañante, del servicio de diálisis dentro de su mismo municipio de residencia^[40].”

Conforme a lo anterior, no resultan atendibles los puntos de apelación propuestos por la encartada, por lo que la sentencia opugnada será confirmada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

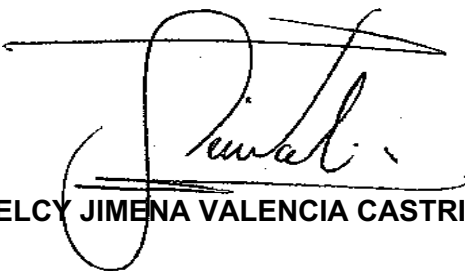
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S2023-000755 del 6 de julio del 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de la presente instancia a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-01074-01
DEMANDANTE:	OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ
DEMANDADO:	MEDISALUD UT y OTRAS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 4 de mayo de 2023
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Rembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada MEDISALUD UT contra la sentencia de 4 de mayo de 2023, proferida la por Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ** contra **MEDISALUD UT, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG** con radicado No. **11001-22-05-000-2023-01074-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora **OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ**, a través de apoderado judicial, presenta petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **MEDISALUD UT, FIDUPREVISORA S.A.** y el **FOMAG** para que, mediante sentencia judicial, se ordene el reembolso de la suma de \$15.782.084 en la que incurrió por concepto de tratamiento de quimioterapia.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que desde el año 2018 ha venido presentando quebrantos de salud en sus glándulas mamarias, motivo por el que se retiró del servicio activo como docente; que 2019 se incrementaron dichos padecimientos, y en consecuencia acudió y solicitó atención por la prestadora de servicios médicos que cobija a los docentes retirados pensionados, dicha entidad, para Boyacá consta como MEDISALUD UT, sin obtener agendamiento ni respuesta idónea; que el 23 de junio de 2020, solicitó ante la FIDUPREVIROSA cambio de domicilio de atención, pues era necesaria y urgente su atención médica en la ciudad que residía (V/gr. Bogotá) realizando la portabilidad en atención para dicha ciudad, al ser su nuevo domicilio; situación que fue reiterada el 05 de agosto de 2020, sin obtener ningún tipo de respuesta; que el 9 de julio de 2020, de forma particular se realizó exámenes médicos (Mamografía) arrojando como hallazgo *masa sólida espiculada de la mama derecha*, motivo por el cual, mediante llamadas telefónicas del 15 y 19 de junio de 2020, sus familiares realizaron reiteradas solicitudes a MEDISALUD UT con el fin de ser atendida por médicos especialistas, pero no obtuvo respuesta satisfactoria, razón por la que fue nuevamente atendida de forma particular el 24 de julio de 2020 por Oncólogo Clínico, quien luego de realizar la valoración le formuló tratamiento inmediato con quimioterapia, el cual inició asumiendo el costo de su propio patrimonio por valor total de \$15.782.084, ya que la entidad prestadora le infirmó que le había agendado una cita de oncología el 05 de agosto de 2020, la cual no fue aceptada pues no se podía desplazar por haber tenido quimioterapia el 31 de julio de 2020, además, que le indicaron que su sitio de

¹ Carpeta 1 Archivo 1 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

atención era el Municipio de San Mateo y no la ciudad de Bogotá, a pesar de que tiempo atrás había solicitado la portabilidad; que sólo a través de tutela logró que se ordenara a la FIDUPREVISORA S.A. trasladar el sitio de atención en salud a Bogotá D.C.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FIDUPREVISORA S.A.²

La fiduciaria, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones de la acción y, como argumentos de defensa, adujo que es la vocera y administradora del patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero la función de prestación de salud corresponde a las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, por lo que era UT MEDISALUD la encargada de garantizar y prestar la atención médica a la ciudadana de conformidad con el contrato suscrito. Propuso la excepción de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL³

El ente ministerial se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra argumentado que no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, en tanto dicha función no se encuentra determinada dentro del Decreto 5012 de 2009. Adicionalmente, que la prestación de servicios de salud está reservada a entidades promotoras de servicios de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, que cuenten con la habilitación expedida por la Secretaría de Salud del Departamento, ya que la

² Carpeta 7 Archivo 1 Expediente Digital

³ Carpeta 8 Archivo 1 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

relación entre el FOMAG y el Ministerio se ciñe a la delegación establecida por la Ley 91 de 1989 para realizar la contratación del fideicomiso para la administración del Fondo. Propuso la excepción de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva.

MEDISALUD UT⁴

La entidad de salud presentó oposición a las pretensiones del libelo bajo el argumento que ha garantizado los servicios de salud que en su momento ha requerido la accionante, sin embargo, ésta no los aceptó manifestando que se encontraba radicada en la ciudad de Bogotá y en tratamiento de quimioterapias de manera particular. Además, que le informó que su sitio de atención era el Municipio de San Mateo y allí se prestarían todos los servicios médicos, y que en caso de no encontrarse la prestación del servicio en dicha “ciudad”, se debía prestar en el departamento de Boyacá, y de no ser prestado en dicho departamento podría acudir a la regional Casanare o Meta. Propuso la excepción de fondo que denominó: Imposibilidad de pago de servicios no solicitados.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2023-000547 del 4 de mayo de 2023, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a MEDISALUD UT reconocer y pagar a la señora OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ la suma de \$15.782.084 y, a su vez, ordenó a la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del FOMAG, que en caso de que MEDISALUD UT no pague esa suma de dinero, se la descuenta del contrato suscrito con la entidad y realice el pago directamente a la demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la salud, de la protección especial que merecen las personas con diagnóstico de cáncer, de la normatividad que regula el reembolso de servicios médicos, de las pruebas documentales

⁴ Carpeta 9 Archivo 1 Expediente Digital

⁵ Archivo 12 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

aportadas y del concepto emitido por el especialista integrante del grupo de apoyo hermenéutico, que se logró evidenciar que MEDISALUD UT no actuó con la suficiente diligencia al dejar de aplicar un tratamiento oportuno, continuo y eficaz en la atención requerida por la actora, que era una paciente oncológica, pues la pruebas demostraban que la afiliada tuvo que comprar los medicamentos que no le cubrió su medicina prepagada para sus ciclos de quimioterapia, motivo por el que la entidad de salud tiene la obligación de reembolsar los gastos en que incurrió la paciente, ya que su obligación es la prestación efectiva de los servicios de salud.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de MEDISALUD UT presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, además de reiterar los argumentos de la contestación de la demanda, manifestó que la demandante estuvo afiliada a la entidad hasta el 28 de octubre de 2020 y se le garantizaron los servicios de salud solicitados y ordenados por los médicos tratantes, pues en ningún momento puso en conocimiento la orden médica para que se le suministrara los medicamentos para el tratamiento de quimioterapia a través de la farmacia contratada, ya que si la usuaria hubiera realizado el trámite correspondiente, estos medicamentos le habrían sido suministrados. Por ello señala que no recae ninguna obligación de reembolso, como quiera que la afiliada no realizó solicitud algún de servicios o suministro de medicamentos, como tampoco se observa soporte de radicación de servicios o formulas médicas ante la entidad para que se le garantizará la prestación de estos.⁶

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁷, el determinar si MEDISALUD UT está obligada a pagar

⁶ Archivo 13 Expediente Digital

⁷ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

los gastos en que presuntamente incurrió el peticionario en suma de \$15.782.084 correspondiente a la compra de medicamentos para el tratamiento de quimioterapia.

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que, de un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y S.S., no existe controversia dentro del presente asunto: **(i)** Que la señora OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ fue diagnosticada con *masa sólida espiculada de la mama derecha* mediante ayuda diagnóstica radiológica practicada el 9 de julio de 2020 (fs. 17-18 Archivo 1 ED); **(ii)** Que la especialidad de medicina interna y oncología clínica, el 24 de julio de 2020, le formuló tratamiento con quimioterapia esquema AC (f. 20 Archivo 01 ED) y; **(iii)** Que el 5 de agosto de 2020 la actora solicitó a la FIDUPREVISORA S.A. que atendiera de manera urgente la petición que había radicado el 23 de junio de 2020, relativa al cambio de su lugar de atención en salud del departamento de Boyacá a la ciudad de Bogotá D.C., debido a su condición médica (f. 14 Archivo 01 ED).

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud y los regímenes especiales, como en este caso, pueden pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

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

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS y demás entidades que administran los regímenes exceptuados en salud son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tenga contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sido atendido por una IPS que no disponga de contrato de servicios con la respectiva EPS al cual se encuentre adscrito.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS y los regímenes exceptuados, deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación, como en este caso, de todas las entidades que integran el régimen exceptuado en salud de los docentes adscritos al magisterio, de prestar el servicio de salud sin obstáculo alguno, porque no brindarlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona, más aún, cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional como lo es la señora OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ, quien padece una de las enfermedad catalogadas como catastróficas, como lo es el cáncer.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* la configuración de tres supuestos fácticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vistas en el enunciado *«en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios»*.

Ahora, el argumento central de la impugnante es que la promotora de la acción no solicitó ante la entidad de salud la prestación de los servicios médicos correspondientes al tratamiento de quimioterapia que le fuera ordenado por medicina interna y oncológica de acuerdo con su diagnóstico. Sin embargo, dicho argumento no encuentra soporte en los elementos de juicio que reposan en el plenario, como quiera que milita respuesta emitida por MEDISALUD UT, el 26 de agosto de 2020, a derecho de petición presentado por la accionante, de la cual se desprende que, en efecto, la afiliada si había puesto en conocimiento y solicitado la atención en salud para su condición médica, ya que se expone que para el 5 de agosto se le había asignado una cita por la especialidad de oncología, pero ello se hizo en el departamento de Boyacá, cuando desde el 23 de junio de 2020 la señora OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ había elevado solicitud tendiente a que los servicios de salud le fueran prestados en la ciudad de Bogotá D.C., donde residía y no en el municipio de San Mateo, donde era su lugar de trabajo, del cual debió retirarse como consecuencia de su enfermedad.

Si bien MEDISALUD UT allega unos formatos de autorizaciones médicas, ninguno de ellos corresponde al tratamiento con quimioterapia esquema AC que le fuera formulado por la especialidad de medicina interna y oncología clínica, el 24 de julio de 2020, el cual, según se acredita con las facturas Nos. 798 8104 del 23 de julio de 2020, 3577918 del 31 de julio de 2020, 3577929 del 14 de agosto de 2020, 3583449 del 20 de agosto de 2020 y 3591981 del 9 de septiembre de 2020 (fs. 22-27 Archivo 01 ED), y con la certificación emitida el 25 de abril de 2022 por la Clínica del Country (Carpeta 5 Archivo 01 ED), fue cubierto de forma particular por la promotora de la acción.

Adicionalmente, en la demanda se aduce que los familiares de la señora OLGA CECILIA CASAS GÓMEZ solicitaron vía telefónica a MEDISALUD UT la atención médica que ésta requería, pero no recibieron respuesta satisfactoria. Lo

afirmado por la promotora de la acción se atempera a lo instruido por la propia Superintendencia Nacional de Salud dentro de las Circulares No. 047 de 2007 y 049 de 2008, en las cuales indicó que los entes vigilados están en la obligación de tener oficinas de atención al usuario para recibir las peticiones por cualquier medio, ya sean verbales directamente en sus instalaciones, o por vía telefónica, página web o por cualquier medio, de lo cual se desprende que no era una obligación del afiliado presentar por escrito la solicitud de autorización del tratamiento con quimioterapia esquema AC que le fue ordenada por el médico tratante. Por el contrario, de conformidad con el numeral 4.2 del artículo 4º de la Resolución 4343 de 2012, si era una obligación de la entidad de salud indicar por escrito al afiliado las razones por las cuales le era negado el servicio de salud deprecado, pero en este caso, no se observa el respectivo formato de negación de servicios diligenciado por MEDISALUD UT, es decir, en este caso lo que avizora la Sala es que las omisiones son imputables única y exclusivamente a la entidad demandada, más no a la promotora de la acción.

En ese sentido, haciendo un análisis bajo los derroteros de la lógica, la sana crítica y la experiencia, es dable concluir que, contrario a lo esgrimido por la pasiva, no resulta plausible sostener que el tratamiento con quimioterapia esquema AC le fuera realizado de forma oportuna, pues lo cierto es que el hecho de que se realizaran la autorización para ciertos servicios médicos, no se traduce en el cumplimiento total de las obligaciones a cargo de la entidad de salud, ya que, como se dejó sentado en líneas que anteceden, esa obligación sólo se satisface para con los usuarios, cuando los servicios médicos son proporcionados de forma eficiente y oportuna.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no esgrimió la recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, razón suficiente para confirmar la misma en su integridad

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

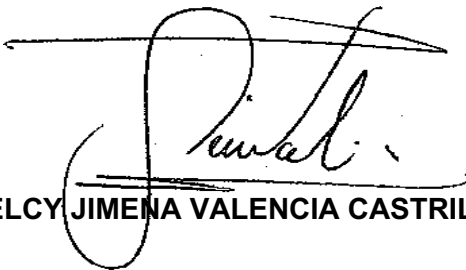
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2023-000547 del 4 de mayo de 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de MEDISALUD UT, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-01281-01
DEMANDANTE:	CARLOS ARTURO MORA VANEGAS Y OTRA.
DEMANDADO:	MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN
ASUNTO:	Apelación Sentencia 13 de abril de 2023
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Rembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia de 13 de abril de 2022, proferida la por Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **CARLOS ARTURO MORA VANEGAS** y **VERÓNICA MORA VÉLEZ** contra **MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN**, con radicado No. **11001-22-05-000-2023-01281-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

Los señores **CARLOS ARTURO MORA VANEGAS** y **VERÓNICA MORA VÉLEZ**, presentaron petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene el reembolso de la suma de \$816.850 que tuvieron que pagar de forma particular por el medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO lib, tabletas de 30 unidades y 3 miligramos, según facturas del 25 de noviembre 2020 por un valor de \$251.950, del 9 de marzo de 2021 por un valor de \$257.000 y del 10 de junio de 2021 por un valor de \$307.900.

Como sustento de sus pretensiones, manifestaron que el señor CARLOS ARTURO MORA VANEGAS padece de síndrome de párkinson e hipertensión, razón por la que debe tomar sin falta el medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO lib, tabletas de 30 unidades y 3 miligramos; que en el mes de octubre le dieron la fórmula del medicamento correspondiente a seis cajas, pero MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN sólo le entregó dos de ellas y siempre que regresaba por las restantes le indicaban que no había y le ponían el pendiente, pero cuando ya estaba disponible el medicamento le decían que su fórmula ya había vencido, razón por la que tuvo que hacer recolecta para comprar la medicina, pues su pensión sólo le alcanza para el arriendo y la comida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad de salud, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que se emitieron en debida forma las autorizaciones de servicios en salud requeridas por el afiliado, conforme a las solicitudes radicadas ante la EPS, lo cual se evidencia en el portal de radicación de facturación proporcionada por el prestador, donde consta que se materializó entrega del medicamento en los meses objeto de inconformidad, a saber, noviembre 2020,

¹ Carpeta 1 Archivo 1 Expediente Digital

² Carpeta 7 Subcarpeta 2 Archivo 1 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

marzo de 2021 y junio de 2021, lo que permitía concluir que durante el tiempo de afiliación del usuario se emitieron las autorizaciones de servicios requeridas y se garantizó la entrega del medicamento objeto de la queja.

Propuso la excepción de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación de pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2023-000454 del 13 de abril de 2023, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN, reconocer y pagar a los señores CARLOS ARTURO MORA VANEGAS y VERÓNICA MORA VÉLEZ, la suma de \$738.950, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la salud, del suministro oportuno de medicamentos, de la normatividad que regula el reembolso de servicios médicos, de las pruebas documentales aportadas y del concepto emitido por el especialista integrante del grupo de apoyo hermenéutico, que se logró evidenciar que MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN incumplió su deber de aseguramiento en salud en cuanto al deber de entregar el medicamento de manera oportuna, integral y continua al paciente en condición de discapacidad CARLOS ARTURO MORA VANEGAS, con diagnóstico de enfermedad degenerativa del sistema nervioso central. Agregó, que si bien la EPS autorizó el medicamento, las pruebas demuestran que sólo entregó parte de la dosis ordenada por el médico tratante, puesto que no garantizó la entrega de los días 2, 3, 18, y 23 de noviembre de 2020, como tampoco los días 3 de enero de 2021, 16 y 26 de febrero de 2021 y 8 de marzo del mismo año, motivo por el que la EPS tiene la obligación de reembolsar los

³ Archivo 8 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

gastos en que incurrió el paciente y su hija, ya que las obligaciones de las EPS no cesan con la emisión de órdenes y autorizaciones, sino que tienen la obligación de organizar y garantizar la efectiva prestación de los servicios de salud, lo que incluye la entrega efectiva de los medicamentos prescritos a sus afiliados.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, además de reiterar los argumentos de la contestación de la demanda en cuanto a la efectiva entrega del medicamento, manifestó que no se evidencia radicación de solicitud de reembolso por servicios médicos adquiridos de forma particular para el usuario, presentada a nombre propio o por su hija Verónica Mora Vélez, pese a que para la radicación de las solicitudes de reembolso por servicios médicos acaecidos de forma particular, la EPS tenía habilitado el correo electrónico: solicitudesreembolsosmedimaseps@medimas.com.co. Asimismo, que según el artículo 14 de la Resolución 5261, el reembolso económico de los gastos médicos asumidos por los usuarios de una EPS podrán pretenderse cuando se asuman gastos médicos bajo las siguientes circunstancias: “(...) *iii) en casos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones con los usuarios.* (...)”, pero el medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO fue autorizado expresamente por la EPS y la entrega fue garantizada de manera efectiva; sin que se configurara entonces imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con el usuario.⁴

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala

⁴ Archivo 9 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁵, el determinar si MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN está obligada a pagar los gastos en que presuntamente incurrió el peticionario en suma de \$738.950 correspondiente a la compra del medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO.

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que, de un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y S.S., no existe controversia dentro del presente asunto: (i) que el señor CARLOS ARTURO MORA VANEGAS cuenta con 60 años de edad, toda vez que nació el 21 de junio de 1963 (Archivo 2 carpeta 3); (ii) que el actor tiene un diagnóstico de párkinson y; (iii) que el médico tratante le ha ordenado el medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO lib, tabletas de 30 unidades y 3 miligramos.

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud pueden pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

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

⁵ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente (...)» (Resalta de la Sala)

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tenga contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sufragado el costo de los medicamentos ordenados por el médico tratante al no haber sido entregados por el dispensario médico contratando por la entidad promotora de salud.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación, como en este caso, del dispensario de medicamentos contratado por la EPS, de entregar los medicamentos e insumos ordenados por los médicos tratantes de forma oportuna, sin obstáculo alguno, porque no hacerlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona, más aún, cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional como lo es el señor CARLOS ARTURO MORA VANEGAS, quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta como consecuencia de la patología que lo aqueja.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* la configuración de tres supuestos facticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa

injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vista en el enunciado *«en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios»*.

Ahora, procede la Sala a analizar uno a uno los argumentos presentados por el recurrente y por los cuales, a su juicio, debe revocarse la decisión de primera instancia.

Frente al argumento que la entidad autorizó y entregó el medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO de forma oportuna al afiliado, se tiene que dicho medicamento fue ordenado el 2 de octubre de 2020, 18 de diciembre de 2020 y 16 de febrero de 2021. Sin embargo, al revisar las órdenes médicas, se observa que en las mismas aparece un sello con la nota pendiente, en el caso de la primera orden, en los días 3, 18 y 23 de noviembre de 2020; para la segunda orden en el día 13 de enero de 2021 y para la tercera orden en los días 16 y 26 de febrero de 2021 y 8 de marzo del mismo año (fs. 4-6 archivo 01 ED).

Si bien la EPS allega unos formatos de entrega del medicamento en mención, se tiene que los mismos no corresponden a las órdenes médicas anteriormente referidas, ya que dichas entregas se realizaron el 5 de junio de 2020, 4 de julio de 2020, 4 de agosto de 2020, es decir, en fecha anterior a la expedición de las órdenes objeto de la litis, y una última del 28 de noviembre de 2020, la cual si bien es posterior a la orden del 2 de octubre de 2020, para esa calenda dicha prescripción médica ya había superado la vigencia de treinta días (fs. 6-8 archivo 6 carpeta 7 ED).

En ese sentido, haciendo un análisis bajo los derroteros de la lógica, la sana crítica y la experiencia, es dable concluir que, contrario a lo esgrimido por la pasiva, no resulta plausible sostener que el medicamento PRAMIPEXOL DICLOHIDRATO le fue entregado de forma oportuna, pues lo cierto es que

dicho medicamento venía siendo prescrito por el médico tratante de forma periódica en atención al tratamiento farmacológico necesario para la enfermedad de párkinson que padece el señor CARLOS ARTURO MORA VANEGAS y el hecho de que se entregará en algunas oportunidades, no se traduce en el cumplimiento total de las obligaciones a cargo de la entidad promotora de salud, ya que, como se dejó sentado en líneas que anteceden, esa obligación sólo se satisface para con los usuarios, cuando los servicios médicos son proporcionados de forma eficiente y oportuna, lo que implica que la entrega de medicamento debe estar garantizada siempre que sea ordenada por los médicos tratantes, más aún cuando se trata de los que integran la red de prestadores de la EPS.

En relación con el segundo argumento esgrimido en la alzada, relativo a que la EPS no está obligada en asumir los gastos médicos, en razón a que la solicitud de reembolso no fue presentada dentro del término de quince días a los que se refiere el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, transcrito en párrafos anteriores, basta señalar lo que al respecto ha señalado la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional, en cuanto que: *“El plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación que tiene Coomeva de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.”*⁶

En ese sentido, contrario a lo argüido por la recurrente, el término de quince días al que se refiere la norma aludida no implica per se, un plazo de extinción de la obligación de las promotoras de salud de reembolsar los gastos

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-650/2011
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

médicos en los que hayan incurrido sus afiliados de acuerdo a los supuestos de hecho anteriormente indicados.

En lo que respecta a que los servicios médicos fueron pagados en calidad de particulares por voluntad de la paciente, basta señalar que, conforme se extrae del material probatorio obrante en el plenario, el medicamento fue ordenado por los médicos tratantes adscritos a la red de prestadores de la EPS, pero, aun así, la entidad fue totalmente pasiva y negligente en realzar las gestiones a su cargo para que el medicamento fuera entregado en oportunidad, en atención al diagnóstico del paciente, aunado a que se trataba de un medicamento incluido dentro del PBS y, por tanto, debía ser cubierta con cargo a la UPC, pero como acreditó la parte actora con las respectivas facturas de compra, debió asumir el costo de la medicina por no haber sido garantizada por la aseguradora en salud como era su obligación.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no esgrimió la recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, razón suficiente para confirmar la misma en su integridad

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

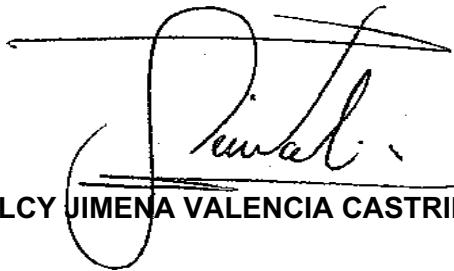
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2023-000454 del 13 de abril de 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN,
incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV
al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



EDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-01344-01
DEMANDANTE:	PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ
DEMANDADO:	MEDISALUD UT Y OTRAS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 8 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Rembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada UT MEDICOLSALUD 2012 contra la sentencia de 8 de septiembre de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ** contra **SERVIMEDICOS UNIÓN TEMPORAL MEDICOLSALUD 2012- UT MEDICOLSALUD 2012, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG** con radicado No. **11001-22-05-000-2023-01344-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor **PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ** presenta petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **UT MEDICOLSALUD 2012**, **FIDUPREVISORA S.A.** y el **FOMAG** para que mediante sentencia judicial, se ordene el reembolso de la suma de \$14.760.504 en la que incurrió por concepto de atención de urgencias.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 21 de julio de 2017 ingresó de urgencias a la Clínica La Colina, amparado por el plan complementario de Compensar, con diagnóstico de coleditiasis; que su situación se complicó el día 22 del mismo mes y año, por lo que tuvo que ser intervenido en pop de drenaje de hemoperitoneo y empaquetamiento hepático por laparoscopia; que el 26 de julio la Junta Médica decide trasladarlo a la UCI por ser un paciente con alto riesgo hemorrágico y cardioembólico, sin que se pudiera considerar un traslado de Clínica; que el 30 de julio se le informó que debía ser trasladado a una Clínica de la UT MEDICOLSALUD 2012, debido que el plan complementario ya no cubría más días de UCI; que el 11 de agosto de 2017 el personal de la Clínica le manifestó que había una factura pendiente de pago de \$14.760.504 por concepto de medicamentos que el plan complementario no cubre y que desde finales del mes de julio habían intentado comunicarse con la UT MEDICOLSALUD 2012 para que asumiera dicho pago, sin obtener respuesta, pero ante la urgencia del paciente se decidió suministrarlos; que la Clínica que le indicó que para poder darle salida debía pagar la factura pendiente, por lo cual, al no contar con el dinero, se vio obligado a firmar un pagaré; que su esposa, quien es la cotizante en UT MEDICOLSALUD 2012, el 5 de septiembre de 2017 radicó ante esa entidad solicitó de pago de los medicamentos suministrados en la Clínica La Colina, la

¹ Fs. 3-7 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

cual fue negada bajo el argumento que el 28 de julio de 2017 se ordenó la remisión a la Clínica Fundadores que era de la red de prestadores, pero que se había recibido como respuesta que el paciente no se podía remitir dadas sus condiciones de salud, además que la solicitud de reembolso era extemporánea.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

UT MEDICOLSALUD 2012²

La entidad de salud presentó oposición a las pretensiones del libelo bajo el argumento que la entidad brindó los servicios de salud a los afiliados del FOMAG administrado por la FIDUPREVISORA S.A., hasta noviembre de 2017 y actualmente se encuentra en estado de liquidación. Agregó, que lo solicitado es un reembolso, por cuanto el pago directo a la Clínica La Colina no opera debido a que la entidad, como prestadora en salud, ya conocía de la condición patológica del paciente y de la necesidad de ser atendido por parte de su red de servicios, que ofrecía un cubrimiento total de la atención médica requerida, razón por la que no le corresponde asumir el pago del valor reclamado.

FIDUPREVISORA S.A.³

La fiduciaria, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones de la acción y, como argumentos de defensa, adujo que es la vocera y administradora del patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero la función de prestación de salud corresponde a las entidades promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, por lo que era UT MEDICOLSALUD 2012 la encargada de garantizar y prestar la atención médica al ciudadano de conformidad con el contrato suscrito.

² Fs. 151-153 Expediente Digital

³ Fs. 212-229 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

Propuso la excepción de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL⁴

El ente ministerial se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra argumentado que no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, en tanto dicha función no se encuentra determinada dentro del Decreto 5012 de 2009. Adicionalmente, que la prestación de servicios de salud está reservada a entidades promotoras de servicios de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del estado y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, dentro del marco de la Ley 100 de 1993, que cuenten con la habilitación expedida por la Secretaría de Salud del Departamento, ya que la relación entre el FOMAG y el Ministerio se ciñe a la delegación establecida por la Ley 91 de 1989 para realizar la contratación del fideicomiso para la administración del Fondo. Propuso la excepción de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2022-000857 del 8 de septiembre de 2022, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a UT MEDICOLSALUD 2012 reconocer y pagar al señor PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ la suma de \$14.760.504 y, a su vez, ordenó a la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del FOMAG, que en caso de que UT MEDICOLSALUD 2012 no pague esa suma de dinero, se la descuente del contrato suscrito con la entidad y realice el pago directamente al demandante.

⁴ Fs. 336-349 Expediente Digital

⁵ Fs. 642-670 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la salud, de la normatividad que regula el reembolso de servicios médicos, de las pruebas documentales aportadas y del concepto emitido por el especialista integrante del grupo de apoyo hermenéutico, que se logró evidenciar que la UT MEDICOLSALUD 2012 no actuó con la suficiente diligencia al dejar de aplicar un tratamiento oportuno, continuo y eficaz en la atención requerida por el actor, que era una paciente que ingresó por una urgencia oncológica a la Clínica La Colina, pues la pruebas demostraban que la afiliada tuvo que asumir el pago de \$14.760.504 por servicios que no le cubrió su plan complementario en salud, motivo por el que la entidad de salud tiene la obligación de reembolsar los gastos en que incurrió el paciente, ya que su obligación es la prestación efectiva de los servicios de salud, más aún, en los casos de urgencia en donde la IPS particular no necesita solicitar autorización o permiso para prestar los servicios a la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de UT MEDICOLSALUD 2012 presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, además de reiterar los argumentos de la contestación de la demanda, manifestó que en ningún momento vulneró los derechos del paciente, como tampoco existió negativa injustificada en la prestación de los servicios de salud, ni demoras en la gestión, sino que ante vicisitudes totalmente ajenas a la entidad se configuró una no asistencia prestacional, ya que el señor PEDRO AUGUSTO acudió a la Clínica La Colina por urgencias en ejercicio o uso del Plan Complementario que tenía activo, por lo que no se puede hablar de la estructuración de una falta o negligencia injustificada por parte de la entidad, como quiera que aquél debía ser remitido a un centro de salud de la RED de prestadores de la UT a fin de continuar su atención clínica precisamente por su condición de afiliado en calidad de beneficiario al régimen del Magisterio, sin embargo, dicho traslado no fue posible dadas las recomendaciones estimadas por los médicos ante las condiciones de salud del paciente. Agregó, que no es de recibo que la Superintendencia manifieste que la unión temporal era la entidad encargada

de asumir la cobertura de los servicios médicos que requirió el demandante en ese momento por el sólo hecho de haber sido contratada por la FIDUPREVISORA S.A. para garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados del FOMAG y sus beneficiarios dentro de las zonas de cobertura, sin tener en cuenta que fue el mismo paciente quien inicialmente hizo uso de su plan complementario. Además, que la señora LUZ MARY ZULUAGA GIRALDO como cotizante principal del sistema elevó su solicitud de reembolso de forma extemporánea conforme a los términos exigidos por la FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG, razón por la que la misma no prosperó, aunado que en la respuesta se le puso de presente que la entidad no hace cubrimientos parciales por exclusiones de pólizas o plan complementario.⁶

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁷, el determinar si UT MEDICOLSALUD 2012 está obligada a pagar los gastos en que presuntamente incurrió el peticionario en suma de \$14.760.504 correspondiente a la atención de urgencias que recibió en la Clínica La Colina.

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que, de un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y S.S., no existe controversia dentro del presente asunto: (i) Que el señor PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ ingresó a la Clínica La Colina, el 21 de julio de 2017, con un diagnóstico de coleditiasis que requería manejo quirúrgico, el cual tuvo que ser aplazado debido que el paciente venía utilizando anticoagulantes

⁶ Fs. 686-692 Expediente Digital

⁷ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

por tener un antecedente de enfermedad de la válvula mitral, según se extrae de la historia clínica (fs. 9-71 ED); **(ii)** Que el demandante, debido a su estado clínico, debió estar hospitalizado en esa entidad de salud hasta el 11 de agosto de 2017; **(iii)** Que el señor PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ suscribió un pagaré con la Clínica La Colina como garantía para el pago de los servicios médicos prestados (f. 107 ED); **(iv)** Que el 5 de septiembre de 2017, la señora Luz Mary Zuluaga Giraldo, en calidad de cotizante, elevó solicitud de pago de los servicios médicos recibidos en la Clínica La Colina por el demandante en calidad de beneficiario, por valor de \$14.760.504, que no fue cubierto por el plan complementario en salud (fs. 75-76 ED); **(v)** Que la UT MEDICOLSALUD 2012 resolvió negativamente la solicitud, el 25 de septiembre de 2017 (fs. 78-79 ED); **(vi)** Que en mayo de 2019 el señor PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ fue requerido por los abogados externos de la Clínica La Colina para que pagara el saldo en mora por los servicios médicos recibidos en la atención de urgencias (f. 88 ED) y; **(vii)** Que el 21 de octubre de 2019, el demandante suscribió un acuerdo de pago por la suma de \$18.599.000, a la que ascendía para ese momento la obligación con la Clínica La Colina por concepto de capital más intereses por mora (fs. 105-106 ED).

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud y los regímenes especiales, como en este caso, pueden pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

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

ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente (...)» (Resalta de la Sala).

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS y demás entidades que administran los regímenes exceptuados en salud son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tenga contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sido atendido por una IPS que no disponga de contrato de servicios con la respectiva EPS al cual se encuentre adscrito.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS y los regímenes exceptuados, deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación, como en este caso, de todas las entidades que integran el régimen exceptuado en salud de los docentes adscritos al magisterio, de prestar el servicio de salud sin obstáculo alguno, porque no brindarlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* indica la configuración de tres supuestos fácticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vistas en el enunciado « atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S. ».

Ahora, el argumento central de la impugnante es que el promotor de la acción ingresó a la Clínica La Colina a través de su plan complementario en salud, razón por la que no está obligada en asumir los gastos médicos recibidos en esa institución. Sin embargo, dicho argumento no es de recibido por parte de la Sala, como quiera que el hecho de que los afiliados, sean estos cotizantes o beneficiarios, del régimen general a de algún régimen exceptuado en salud, cuenten con planes médicos adicionales como medicina prepagada, pólizas de salud o planes complementarios en salud, no se traduce en que el aseguramiento obligatorio en salud quede relevada con dichos afiliados de garantizar la prestación de los servicios que les corresponde en los términos que exige la ley, es decir, en oportunidad y de manera integral, menos aún, cuando se trata de una atención de urgencias.

Si bien es cierto la UT MEDICOLSALUD 2012 ordenó el traslado de demandante a una institución dentro de su red de prestadores, como bien lo reconoce la demandada, la remisión del paciente no era posible debido a su delicado estado de salud, lo que implicaba entonces que era una obligación garantizar la continuidad del servicio de salud en la Clínica que había ingresado por urgencias.

En relación con el argumento relativo a que la entidad no está obligada en asumir los gastos médicos, en razón a que la solicitud de reembolso fue presentada de manera extemporánea, ha de indicarse que frente al término de quince días a los que se refiere el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, transcrito en párrafos anteriores, ha pronunciado la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional, así: *“El plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación que tiene Coomeva de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda*

*asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.”.*⁸

En ese sentido, contrario a lo argüido por la recurrente, el término de quince días al que se refiere la norma aludida no implica per se, un plazo de extinción de la obligación de las entidades de salud de reembolsar los gastos médicos en los que hayan incurrido sus afiliados de acuerdo a los supuestos de hecho anteriormente indicados.

Tampoco resulta de recibido el argumento de que el reembolso por el costo específico del medicamento “Factores de coagulación II, VII, IX y X + Proteína C + Proteína S polvo liofilizado para inyección IV x 500 UI (OCTAPLEX VIAL)”, deba ser reembolsado por los montos indicados por el recurrente, no solo porque en efecto permitir que la entidad realice el reembolso de los servicios médicos por valores inferiores a los que debió asumir el demandante, sería tanto como permitir y convalidar que la entidad de salud se beneficie de su propia negligencia, ya que fue ésta la que no fue diligente en garantizar la atención en la entidad que venía prestando el servicio de urgencias, pues desatendió todas sus obligaciones ante la imposibilidad de trasladar al paciente a una institución de su red de prestadores. Aunado que la negociación de la tarifa con el prestador es trámite que corresponde única y exclusivamente a la entidad de salud, por lo que, en ningún caso, ello puede tenerse como un argumento válido para cercenar el derecho del paciente de recibir el reembolso de un medicamento proporcionado en la atención de urgencias que no se encuentra excluido del plan de beneficios en salud que le

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-650/2011
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

es aplicable en su calidad de afiliado al régimen de salud del Magisterio, como quiera que este debe ser cancelado con cargo a la UPC.

En ese sentido, haciendo un análisis bajo los derroteros de la lógica, la sana crítica y la experiencia, es dable concluir que, contrario a lo esgrimido por la pasiva, no resulta plausible sostener que la UT MEDICOLSALUD 2012 no está en la obligación de reintegrar la suma de \$14.760.504 por los servicios médicos de urgencias que recibió el señor PEDRO AUGUSTO PATIÑO PÉREZ en la Clínica La Colina, pues lo cierto es que el hecho de que la entidad hubiese ordenado la remisión a una IPS de su red de prestadores, no se traduce en el cumplimiento total de las obligaciones a cargo de la entidad de salud, ya que, como se dejó sentado en líneas que anteceden, esa obligación sólo se satisface para con los usuarios, cuando los servicios médicos son proporcionados de forma eficiente y oportuna.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no esgrimió la recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, razón suficiente para confirmar la misma en su integridad.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

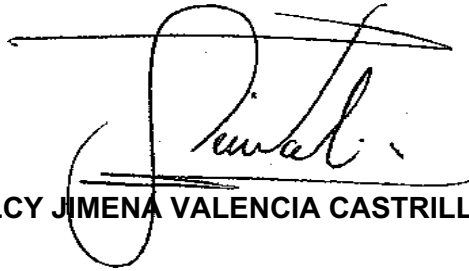
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2022-000857 del 8 de septiembre de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la UT MEDICOLSALUD 2012, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-01365-01
DEMANDANTE:	LIDIA CLARA BECERRA SALAMANCA
DEMANDADO:	FAMISANAR EPS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 28 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Rembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia de 28 de septiembre de 2023, proferida la por Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **LIDIA CLARA BECERRA SALAMANCA** contra **EPS FAMISANAR S.A.S.**, con radicado No. **11001-22-05-000-2023-01365-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora **LIDIA CLARA BECERRA SALAMANCA** presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **FAMISANAR EPS**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene el reembolso de la suma de \$15.027.084 que tuvo que pagar de forma particular por la cirugía de reducción abierta con fijación de luxos de fractura de la tibia practicada al señor Juan Antonio Pinilla Martínez en la Clínica Shaio.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se encuentra afiliada en calidad de cotizante en FAMISANAR EPS y que su beneficiario en salud es el señor Juan Antonio Pinilla Martínez, quien padeció una fractura de tibia por lo cual se le practicó la cirugía de reducción abierta con fijación de luxos, procedimiento que no fue autorizado por la EPS, como tampoco asumió ningún costo, a pesar de que se solicitaron las respectivas autorizaciones, incluso de forma interna por parte de la Clínica Shaio donde se llevó a cabo el procedimiento, incluyendo las citas con especialista, medicamentos e insumos, razón por la que tuvo que pagar la suma de \$15.027.084.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad de salud, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que la solicitud de reembolso fue radicada de manera extemporánea, por lo cual no procede su estudio al exceder los términos establecidos normativamente. Además, que no se observa ninguna petición o PQRD radicada que trate sobre inconvenientes relacionados con la autorización o prestación de los servicios objeto del reembolso, solo se registra requerimiento PQRS-2022-E222132, en el cual solicita en el mes de agosto el reintegro de las sumas asumidas como particular en la IPS Fundación Clínica Shaio por presunto no traslado del usuario a la red contratada, pero realizada la validación correspondiente en los sistemas de información de la EPS, se encuentra que por parte del prestador no fue solicitada la

¹ Fs. 1-2 Archivo 2 Carpeta 1 Expediente Digital

² Archivo 2 Carpeta 5 Expediente Digital

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D.C.

atención de urgencias del afiliado, así mismo, de acuerdo con los cargos registrados en la facturación emitida por el centro médico, el paciente no ingresa por urgencias, sino ingresa programado para cirugía, cuando los ordenamientos derivados de esta estancia hospitalaria fueron tramitados por el usuario el día 26 de noviembre, fecha en la cual la EPS gestionó el direccionamiento para la práctica del servicio en la IPS Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, puesto que Fundación Clínica Shaio no forma parte de la red de prestadores para la atención programada. Asimismo, que, debido a solicitud del usuario, se realiza cambio de IPS para Colsubsidio Clínica Calle 100, IPS con la infraestructura necesaria para la atención del afiliado, sin que en este periodo de tiempo se haya documentado que el usuario siquiera haya intentado realizar acercamiento con la IPS ya referida, decidiendo de manera libre y voluntaria acceder como particular a la Fundación Clínica Shaio. Propuso la excepción de fondo que denominó: No procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley; inexistencia de vulneración al derecho fundamental a la salud; buena fe; genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S2023-001117 del 28 de septiembre de 2023, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a FAMISANAR EPS, reconocer y pagar a la señora LIDIA CLARA BECERRA SALAMANCA, la suma de \$15.127.084.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la salud, de la normatividad que regula el reembolso de servicios médicos, de las pruebas documentales aportadas y del concepto emitido por el especialista integrante del grupo de apoyo hermenéutico, que se logró evidenciar que se evidencia que FAMISANAR EPS no actuó con la suficiente diligencia al dejar de aplicar un tratamiento oportuno, continuo y eficaz en la atención requerida por el señor Juan Antonio Pinilla Martínez, paciente con antecedente de fractura bimalleolar de tobillo derecho, atendido en la

³ Archivo Carpeta 6 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

Fundación Clínica Shaio, el 19 de noviembre de 2021, y que dicha IPS, en esta misma fecha solicita a FAMISANAR EPS, las autorizaciones para la realización de los procedimientos de reducción abierta de luxación de tobillo (Tibioastragalina), cantidad 1, Consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología, cantidad 1, cita de control para la programación de cirugía Reducción abierta de epífisis separada de tibia o peroné con fijación, cantidad, pero la EPS como asegurador en salud, estaba obligada a brindar cobertura de aseguramiento de las atenciones requeridas de manera oportuna, ante la urgencia por fractura del maléolo posterior de la tibia, con hallazgos quirúrgicos en el área de la fractura de fibrosis y formación de callo en la propia fractura del maléolo posterior, por lo que no hubo resolutivez a la patología padecida por el afiliado, al no gestionar el riesgo en salud, ni garantizar la efectiva prestación del procedimiento quirúrgico que requería, motivo por el que la demandante debió incurrir en unos gastos de su propio peculio, los cuales deben ser reembolsados por la entidad aseguradora en salud.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de FAMISANAR EPS presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, además de reiterar los argumentos de la contestación de la demanda, aduce que no se cumplen ninguna de las condiciones contempladas por la norma para la procedencia del reembolso, pues no se observa atención de urgencias, no se presenta autorización de la EPS y tampoco se evidencia incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por parte de EPS FAMISANAR, ya que la entidad se encontraba garantizando el tratamiento médico ordenado, no obstante, la usuaria cancela la cita de preanestesia previa al procedimiento, la cual ya se encontraba programada en su favor, decidiendo de manera voluntaria y libre, tal como lo manifiesta en la demanda, tomar los servicios de forma particular y no continuar con el tratamiento que se venía realizando ante la EPS, por lo cual es improcedente el reembolso solicitado en el presente proceso.⁴

PROBLEMA JURÍDICO

⁴ Archivo 2 Carpeta 7 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁵, el determinar si FAMISANAR EPS está obligada a pagar los gastos en que presuntamente incurrió la peticionaria en suma de \$15.027.084 correspondiente a la la cirugía de reducción abierta con fijación de luxa practicada al señor Juan Antonio Pinilla Martínez en la Clínica Shaio.

CONSIDERACIONES

Inicialmente se debe destacar que, de un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y S.S., no existe controversia dentro del presente asunto: (i) que al señor Juan Antonio Pinilla se le practicó en la Clínica Shaio el procedimiento quirúrgico denominado “REDUCCIÓN ABIERTA CON FIJACIÓN DE LUXA FRACTURA O FRACTURA (UNI O BIMALEOLAR) DE TOBILLO”, el 22 de diciembre de 2021, por tener un hallazgo médico de: *fractura maléolo posterior, lesión capsular anterior, lesión de ligamento deltoideo profundo y superficial, tejido interpuesto en espacio medio claro con fibrosis y formación de callo en fractura de maléolo posterior* (Archivo 3 carpeta 4 ED); (ii) que el 19 de noviembre de 2021, la Clínica Shaio solicitó a FAMISANAR EPS la autorización para practicar el procedimiento quirúrgico (f. 3 Archivo 2 Carpeta 1 ED) y; (iii) que la señora LIDIA CLARA BECERRA SALAMANCA canceló de forma particular una factura por valor de \$5.000.000 por concepto de honorarios médicos y otra factura por valor de \$10.127.084 por concepto de anestesiología, ayudas diagnósticas e insumos necesarios para la práctica del procedimiento quirúrgico al señor Juan Antonio Pinilla Martínez (fs. 6-8 Archivo 2 Carpeta 1 ED).

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud pueden

⁵ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

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

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tenga contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sufragado el costo de los medicamentos ordenados por el médico tratante al no haber sido entregados por el dispensario médico contratando por la entidad promotora de salud.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación, como en este caso, del dispensario de medicamentos contratado por la EPS, de entregar los medicamentos e insumos ordenados por los médicos tratantes de forma oportuna, sin obstáculo alguno, porque no hacerlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona, más aún, cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional como

lo es el señor CARLOS ARTURO MORA VANEGAS, quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta como consecuencia de la patología que lo aqueja.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* la configuración de tres supuestos facticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vista en el enunciado «*en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*».

Ahora, procede la Sala a analizar uno a uno los argumentos presentados por el recurrente y por los cuales, a su juicio, debe revocarse la decisión de primera instancia.

En relación con el argumento relativo a que la EPS no está obligada en asumir los gastos médicos, en razón a que la solicitud de reembolso no fue presentada dentro del término de quince días a los que se refiere el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, transcrito en párrafos anteriores, basta señalar lo que al respecto ha señalado la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional, en cuanto que: *“El plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación que tiene Coomeva de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el cumplimiento del mismo, no puede*

tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.”⁶

En ese sentido, contrario a lo argüido por la recurrente, el término de quince días al que se refiere la norma aludida no implica per se, un plazo de extinción de la obligación de las promotoras de salud de reembolsar los gastos médicos en los que hayan incurrido sus afiliados de acuerdo a los supuestos de hecho anteriormente indicados.

En lo que respecta a que el procedimiento quirúrgico fue pagado a título particular por voluntad de la afiliada, basta señalar que, conforme se extrae del material probatorio obrante en el plenario, la cirugía fue ordenada por los médicos tratantes de la Clínica Shaio, entidad que realizó los trámites ante la EPS tendientes a que autorizara su realización atendiendo que era prioritaria en atención al diagnóstico del paciente, pero, aun así, la entidad fue totalmente pasiva y negligente en realzar las gestiones a su cargo para que el procedimiento fue practicado en oportunidad, aunado a que se trataba de servicio de salud incluido dentro del PBS y, por tanto, debía ser cubierta con cargo a la UPC, pero como acreditó la parte actora con las respectivas facturas de compra, debió asumir el costo de la cirugía por no haber sido garantizada por la aseguradora en salud como era su obligación.

Tampoco es de recibo que la demandada alegue que no se observa ninguna petición o PQRD radicada que trate sobre inconvenientes relacionados con la autorización o prestación de los servicios objeto del reembolso, pues aparte de que, como ya se indicó, la IPS tramitó directamente ante la EPS la autorización del procedimiento. Lo afirmado por la promotora de la acción se atempera a lo instruido por la propia Superintendencia Nacional de Salud dentro de las Circulares No. 047 de 2007 y 049 de 2008, en las cuales indicó que los entes vigilados está en la obligación de tener oficinas de atención al usuario para recibir las peticiones por cualquier medio, ya sean verbales directamente en sus instalaciones, o por vía telefónica, página web o por cualquier medio, de lo cual se desprende que no era una obligación del afiliado presentar por escrito la solicitud de autorización del

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-650/2011
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

procedimiento quirúrgico que le fue ordenada al señor Juan Antonio Pinilla Martínez. Por el contrario, de conformidad con el numeral 4.2 del artículo 4º de la Resolución 4343 de 2012, si era una obligación de la entidad de salud indicar por escrito al afiliado las razones por las cuales le era negado el servicio de salud deprecado en la entidad que venía prestando los servicios de salud relacionados con el diagnóstico que originó la prescripción de la cirugía, pero en este caso, no se observa el respectivo formato de negación de servicios diligenciado por FAMISANAR EPS, es decir, en este caso lo que avizora la Sala es que las omisiones son imputables única y exclusivamente a la entidad demandada, más no a la promotora de la acción.

En ese sentido, haciendo un análisis bajo los derroteros de la lógica, la sana crítica y la experiencia, es dable concluir que, contrario a lo esgrimido por la pasiva, no resulta plausible sostener que garantizó los servicios médicos al paciente de forma oportuna como era su obligación y por ello, la usuaria se vio avocada a tener que cancelar de su propio peculio la atención médico quirúrgica que se requería, razón por la que, que contrario a lo argumentado en la alzada, si se configuran los presupuestos para que proceda el reembolso de los gastos en que incurrió la afiliada.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no esgrimió la recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, razón suficiente para confirmar la misma en su integridad

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

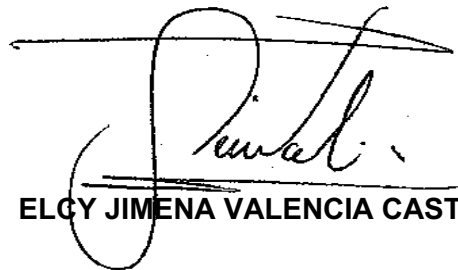
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S2023-001117 del 28 de septiembre de 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de FAMISANAR EPS, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ORDINARIO LABORAL, promovido por SEBASTIÁN GIL QUIROGA contra CA-TEKOM S.A.S., con radicado No.11001-31-05-005-2018-00317-00.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de 2023.

Resuelve la Sala la solicitud allegada por el apoderado de la demandada a través de memorial remitido vía correo electrónico el 11 de octubre del presente año, mediante el cual indica que, no comparte las consideraciones de la Sala de Decisión frente a la inconformidad del salario, aduce que en los alegatos de conclusión indicó las razones de las disidencias en el tema del salario. Señaló, que los jueces desbordan el límite de tiempo señalado en el art. 120 del CGP, para proferir las decisiones, mientras el apelante, a “boca de jarro”, solo tiene cinco o diez minutos para controvertir una posición del Juez que para edificarla gastó más de los 40 días a que se refiere la norma citada.

El demandante, presentó escrito de oposición aduciendo que todas las inconformidades presentadas en el recurso de apelación fueron resueltas por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 29 de septiembre de 2023.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Es de señalar inicialmente, que la sentencia en cuestión fue notificada mediante edicto electrónico fijado por un (1) día hábil, el día 9 de

octubre de 2023, y la solicitud de adición fue radicada el 11 de octubre del mismo año, esto es, dentro del término de la ejecutoria. Ahora bien, el apoderado judicial de la parte demandada, solicita se adicione la sentencia proferida en esta instancia, pues no comparte que la Sala desestimara las razones de las disidencias en el tema del salario, que llegó al final con las condenas impuestas por los reajustes, fuera de lo relacionado con el accidente de trabajo. Tal como se ilustra a continuación:

EDGAR F. GAITÁN TORRES, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado en ejercicio portador de la T. P. 112.433 del C. S. de la J., obrando en nombre y representación de la parte demandada, me permito solicitar, con base en el artículo 287 del CGP., en concordancia con el artículo 318 ibidem, proceder a **COMPLEMENTAR** la sentencia proferida en este asunto el 29 de septiembre del cursante año, en el sentido de resolver todos los extremos de la litis, en especial los expuestos tanto en la sustentación del recurso como en el alegato de conclusión, por mi presentado.

Al respecto se tiene que el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de agosto de 2021, condenó a CA-TEKOM S.A.S. a pagar a Sebastián Gil Quiroga la reliquidación de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, incapacidades y pago de indemnización moratoria por no consignación oportuna de auxilio de cesantías, a la indemnización por perjuicios materiales por lucro cesante consolidado y futuro, daño moral, daño en la vida en relación y por último al pago de reliquidación de aportes al sistema de la seguridad social. En la oportunidad procesal oportuna, la pasiva apeló la decisión de primera instancia de forma parcial en lo referente a las condenas impartidas por la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal.

De conformidad con el art. 287 C.G del P., hay lugar a la **ADICIÓN O COMPLEMENTACIÓN**, cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o de cualquier otro punto que de

conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento siempre y cuando la solicitud se realice dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

Por lo anterior, no se accederá a la petición de la adición de la sentencia, ya que no se dejó resolver ninguna de las inconformidades planteadas por la sociedad demandada, máxime que esta Sala previamente ha indicado en distintas oportunidades que las partes no pueden excusar su falta de preparación para el juicio con argumentos como los aquí esbozados, como quiera que dentro de la oportunidad procesal dispuesta por la Ley, no recurrió la totalidad de las condenas de la sentencia, como si lo hizo en las alegaciones de segunda instancia.

La adición es pertinente tanto de sentencia como de autos; respecto de la primera, parte del supuesto de que la sentencia dejó de resolver pretensiones de la demanda inicial o de la de reconvención, si la hubo, o de demandas acumuladas o no hizo pronunciamiento expreso sobre puntos que aún de oficio debía resolver como, por ejemplo, la condena en costas si ha debido imponerse y es omitida o la falta de pronunciamiento sobre perjuicios, mejoras, frutos, etc., si es imperativo legal pronunciarse sobre ellas en el fallo. Ahora bien, la adición no puede ser motivo para violar el principio de inmutabilidad de la sentencia por el mismo juez que la dictó y es por eso que, so pretexto de adicionar, no es posible introducir ninguna modificación a lo ya definido, pues de lo que se trata es de agregar, de pronunciarse sobre pretensiones no estimadas, pero no de reformar el pronunciamiento sobre las ya consideradas; en suma, de proveer adicionalmente, pero sin afectar lo ya resuelto.

Por lo anterior, no habrá lugar a la adición solicitada.

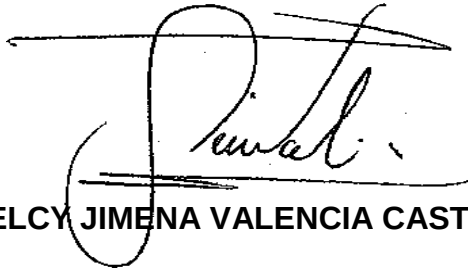
En consecuencia, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE:

NO ACCEDER A LA SOLICITUD DE ADICIÓN de la sentencia solicitada por la apoderada de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-008-2021-00459-01
DEMANDANTE:	CARLOS ALBERTO FRANCO GIRALDO.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 24 de octubre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, Catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas **POVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 24 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ALBERTO FRANCO GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-08-2021-00459-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a la A.F.P. PORVENIR S.A. y posteriormente el traslado horizontal a SKANDIA S.A. por el incumplimiento legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. Como consecuencia, de lo anterior se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional recibido, así como las demás cotizaciones, junto con sus rendimientos, e intereses moratorios y se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que inició cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto Instituto de Seguro Sociales. Que, en el mes de marzo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. y posteriormente a SKANDIA S.A. Que las anteriores administradoras no le explicaron al demandante de forma clara y concisa las diferencias y características de cada régimen. Que dichas administradoras no desplegaron una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima media administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro individual. Que la pensión ofrecida por la SKANDIA S.A., constituye una grave afrenta contra el mínimo vital y calidad de vida del afiliado, ya que la cuantía otorgada por dicha entidad es considerablemente inferior a la que le otorgarían de haber permanecido en el RPM administrado por COLPENSIONES.

¹ Folios 2- 17 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento del actor y la solicitud de traslado a COLPENSIONES y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y de título para pedir.

PORVENIR S.A.,³ se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de el demandante, la afiliación al RAIS y las solicitudes de nulidad de la afiliación. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Argumentó, que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS, así como el posterior traslado horizontal son completamente válidos, como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SKANDIA. S.A.⁴ con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que la selección del RAIS por parte del actor fue libre y voluntaria aceptando todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. Indicó, que los gastos de administración esta direccionado a retribuir las diferentes

² . Folios 1-16 archivo 08 del ED.

³ Folios 157-183, archivo 01 del ED.

⁴ Folios 3-81 archivo 06 del ED.

actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales que conforman el Sistema General de Pensiones y entre las cuales se encuentra Colpensiones, luego dicha comisión no es del afiliado porque tanto en el Régimen de Ahorro Individual como en el Régimen de Prima Media la Ley dispone dicho porcentaje a favor de las administradoras de pensiones.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de octubre de 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen del señor CARLOS ALBERTO FRANCO GIRALDO realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 22 de febrero de 1995, mediante su afiliación a PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor CARLOS ALBERTO FRANCO GIRALDO, conforme a lo señalado. **TERCERO:** CONDENAR a la demandada PORVENIR y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor CARLOS ALBERTO FRANCO GIRALDO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO:** CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y SKANDIA que

reposaban en la cuenta de ahorro individual de el demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de el actor. **QUINTO:** COSTAS en esta instancia, a cargo una de las partes demandadas PORVENIR y SKANDIA liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos. **SEXTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad. (..).

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, el demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4360 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos, gastos de administración indexados y sumas adicionales, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido el actor en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros mencionados y a afiliarse al demandante sin solución de continuidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, en lo relativo a la orden de devolución de gastos de administración, manifiesta que estos no proceden porque se realizó una gestión de buena fe lo que ha generado rendimientos al demandante, aunado que los mismos no ayudan a la consolidación de la pensión de vejez del demandante, sin que pueda aplicarse un precedente de forma objetiva.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

COLPENSIONES por su parte, indicó que el traslado que realizó el actor fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Manifiesta que, si bien en el proceso no se exigió una prueba documental, lo cierto es que los fondos no cuentan con la información de los asesores de la época, por lo que debía entenderse cumplida con la firma del formulario de afiliación. Que del interrogatorio se deduce que la inconformidad del demandante es respecto del valor de la mesada pensional lo que no es causa suficiente para pretender la ineficacia de la afiliación.

La demandada **SKANDIA S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, en lo relativo a la orden de devolución de gastos de administración, manifestó que estos no proceden porque se realizó una gestión administrativa en lo concerniente a las cotizaciones del afiliado, lo que generó rendimientos a la cuenta de ahorros individual del afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala

de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CARLOS ALBERTO FRANCO GIRALDO al Régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a el demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho contrario positivo, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante PORVENIR S.A. el 22 de febrero de 1995 con fecha de efectividad del 1 de marzo de 1995, luego se trasladó a SKANDIA el 1 de julio del año 2000 hasta la fecha, **conforme a lo anterior se evidencia que el formulario de afiliación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, de la cual no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales

a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S.A en el año de 1995, fue abordado por un asesor quien le manifestó en su lugar de trabajo que la mejor opción era trasladarse al RAIS porque el Instituto Seguro Social iba a desaparecer y con ello sus aportes. Adujo, que nunca recibió información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Adujo, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes

voluntarios para incrementar su mesada pensional. señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que acertó el Juez de instancia en declarar la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud de la apelación por parte de SKANDIA S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo que basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del RPM y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se adicionará la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo de los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima , sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliada en el RAIS.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación

definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL 1363 DE 2022).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos. En lo demás se mantendrá incólume la sentencia primigenia.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.S** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

RESUELVE:

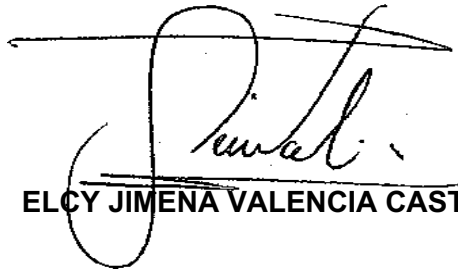
PRIMERO: ADICIONAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia del 24 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que SKANDIA S.A. y PORVENIR S. A., deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas descontadas por las Administradoras de Fondo de Pensiones que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-008-2022-00460-01
DEMANDANTE:	ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 5 de octubre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación.
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso formulado por la parte demandante contra la sentencia del 5 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-008-2022-00460-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 29 de diciembre de 2020, en cuantía de \$3.786.174 correspondiente al 90% de su ingreso base de liquidación conforme a lo señalado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, que se paguen las diferencias entre el monto de las mesadas pensionales reconocidas en la Resolución No. 76803 del 25 de marzo de 2021, y el monto sobre el cual se reajusta la primera mesada pensional, al pago de la indexación de las sumas reconocidas, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 13 de noviembre de 1959, cumpliendo los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2014. Que se afilió al Sistema General de Pensiones con el extinto ISS hoy Colpensiones y otras cajas de previsión social, el día 7 de marzo de 1979, cotizando a través de diversos empleadores hasta el día 28 de diciembre de 2020, para un total de 1945 semanas cotizadas. Aduce la actora, que es beneficiaria del régimen de transición, al tener al 1° de abril de 1994, un total de 769 semanas cotizadas.

Que el 18 de noviembre de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo reconocida mediante Resolución No. SUB 76803 de 25 de marzo de 2021, a partir del 29 de diciembre de 2020, por un valor de \$ 3.285.529 y aplicando una tasa de reemplazo del 78.10%.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de su defensa, sostuvo que los únicos regímenes pensionales aplicables por vía de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son el contenido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y no así el del Decreto 758 de 1990, toda vez, que al 1 de abril de 1994 no se encontraba afiliada ni había

¹ Fs. 1-14 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

efectuado cotizaciones al SIS, pues sus cotizaciones reportadas son al extinto Cajanal, Fonprecon y la Caja de Cundinamarca.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de octubre de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por falta de causa y título para pedir formulada por Colpensiones y absolvió a ésta última de todas las pretensiones de la demanda. Por último, gravó en costas a la parte activa.

Como fundamento de su decisión, estableció la *A quo* como problema jurídico a resolver si la actora es beneficiaria del régimen de transición y si hay lugar a la reliquidación de la prestación de vejez conforme a lo previsto al artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Señaló que de conformidad al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiaria del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicio de forma ininterrumpida, y que conforme a la documental obrante en el expediente administrativo al 25 de julio de 2005, contaba en su registro un total de 1287 semanas cotizadas, extendiéndose el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisó, que la demandante como beneficiaria del régimen de transición únicamente le es aplicable los regímenes pensionales establecidos en la Ley 71 de 1988 y la Ley 33 de 1985, toda vez, que la actora con anterioridad al 1° de abril de 1994, ostentaba la calidad de servidora pública efectuando cotizaciones únicamente a CAJANAL, FONPREM y la CAJA DE PREVISIÓN de la BENEFICENCIA de CUNDINAMARCA. Explicó, que, como la peticionaria con anterioridad al 1 de abril de 1994, no se encontraba afiliada al ISS ni mucho menos había efectuado cotizaciones no era posible la aplicación de las previsiones del Acuerdo 049 de 1990

aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Como soporte de lo anterior citó las sentencias SL 4392 de 2020 y SL 4165-2020.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, atacó la integralidad de la sentencia, bajo el argumento que se demostró que la actora es beneficiaria del régimen de transición y por tanto le es aplicable la sentencia SU-769 del año 2014, que permite la sumatoria de tiempos públicos cotizados a las cajas de previsión (CAJANAL, FONPREM y la CAJA DE PREVISIÓN de la BENEFICENCIA de CUNDINAMARCA) y los cotizados con el Instituto de Seguro Social, siendo viable la reliquidación de la mesada pensional conforme a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de conocimiento, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el dilucidar la viabilidad de re liquidar la pensión de vejez de la actora bajo el abrigo del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta para el efecto, las cotizaciones efectuadas a Cajanal, Fonprem y los demás tiempos servidos a favor del sector público y al otrora ISS hoy Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que la señora **ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ** nació el 13 de noviembre de 1959 (f. 13 Archivo 01 ED); **2.** Que mediante reclamación radicada el 10 de noviembre de 2019, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las previsiones del Decreto 758 de 1990, siendo negada mediante Resoluciones SUB 308726 del 12 de noviembre de 2019, Resolución No. SUB 73615 del 16 de marzo de 2020 y Resolución No. SUB 198777 del 17 de septiembre de 2020. **3.** Que mediante Resolución No. SUB

250078 del 19 de noviembre de 2020, Colpensiones reconoció una pensión de vejez a favor de la señora García González, de conformidad a lo establecido en la Ley 797 de 2003, aplicando una tasa de remplazo del 78,10, pero efectiva a partir del retiro definitivo del servicio oficial. 4. Que Colpensiones ordenó la inclusión en nómina de pago mediante Resolución SUB 76803 del 25 de marzo de 2021, a partir del 29 de diciembre de 2020, en cuantía de \$3.285.529 de acuerdo a las disposiciones de la Ley 797 de 2003 y aplicando una tasa de remplazo del 78.10%. Así mismo, se constata que la accionante cuenta con un total de 1945 semanas, de las cuales 811 corresponden a servicios prestados al sector público, específicamente a Cajanal, Fonprem y la Caja de Previsión de la Beneficencia de Cundinamarca y no fueron cotizadas al ISS hoy Colpensiones supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, resta por establecer si le asiste derecho a la reliquidación de su pensión, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores y los tiempos laborados a favor del sector público a través de Cajanal, Fonprem y la Caja de Previsión de Beneficencia de Cundinamarca dado que la parte pasiva considera que para el caso de la convocante, no resulta procedente tal pedimento al no contar con semanas de cotización al ISS hoy Colpensiones antes del 1 de abril de 1994.

Es de señalar que para la Sala, no es de recibo los argumentos de la Juez de instancia al señalar que para efectos de obtener la “*reliquidación pensional*” en los términos del Acuerdo 049 de 1990, es necesario que la afiliada para el 1 de abril de 1994 se encuentre afiliada al otrora ISS hoy Colpensiones, toda vez, que el cambio jurisprudencial previó la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos y privados y los diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar **todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.**

Lo anterior guarda estrecha relación con el criterio actual de la Corte Constitucional, en la que ha instruido que la posición de Colpensiones de negar la reliquidación de la prestación de la vejez bajo el argumento que la demandante no estuvo afiliada al ISS con anterioridad al 1° de abril de 1994, contraviene los derechos laborales, pensionales y al principio de favorabilidad laboral.

Como se dijo, en la actualidad existe un precedente vertido por la Corte Constitucional que ha sido reiterativo en rechazar la exigencia de haber estado afiliado o haber cotizado al ISS para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), como condición para aplicar de manera ultractiva los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990. En la sentencia de unificación SU-273 del 2022, la Corte Constitucional instruyó lo siguiente:

*“Eso para peticionarios beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y por las siguientes razones: (i) porque no existe disposición constitucional, legal o reglamentaria que contenga o sustente tal exigencia; se trata en realidad de una regla sin un sustento adicional al criterio de COLPENSIONES o de algunos jueces que han omitido tener en cuenta el precedente vinculante explicado en los fundamentos jurídicos anteriores; (ii) **es contraria a los principios de igualdad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y del principio de favorabilidad, pues supone un acto discrecional que impide el reconocimiento de un derecho, sin justificación alguna, y (iii) vulnera derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital y la vida, pues trunca la obtención de una mesada pensional para quienes son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse, al cumplir con los requisitos exigidos en aquel régimen que les fuere más favorable, previo al consagrado en la Ley 100 de 1993.***

Recientemente, en la Sentencia T-219 de 2021^[139] la Corte estudió si las providencias objeto de acción de tutela incurrieron en los defectos sustantivo, de violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente, al no admitir la acumulación de tiempos no cotizados al ISS para la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, incluyendo la tasa de reemplazo definida en ese acuerdo.

Como respuesta al anterior interrogante, esta Corporación reiteró la regla fijada desde la Sentencia T-090 de 2009 y reiterada en la sentencia de unificación SU-769 de 2014, según la cual sí es posible acumular tiempos cotizados a otros fondos con los aportes hechos a COLPENSIONES. En aplicación de esa regla, este Tribunal encontró probado que las providencias judiciales acusadas incurrieron en: (i) defecto sustantivo por no aplicar el Acuerdo 049 de 1990; (ii)

desconocimiento del precedente pacífico y vigente, iniciado con la Sentencia T-090 de 2009, y (iii) violación directa de la Constitución, por desconocer el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 superior.

38. Por otra parte, la Sala Plena considera relevante referirse a la interpretación que han hecho otras Altas Cortes acerca de la acumulación de semanas, a la luz del Acuerdo 049 de 1990. Anteriormente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia sostuvo una tesis contraria a la vigente en la Corte Constitucional. Sin embargo, en Sentencia SL1947-2020, esa Corporación reconoció que: “(...) las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas”^[140]

Lo anterior, al asumir la interpretación de este Tribunal acerca de que el régimen de transición confiere efectos ultractivos a los requisitos de edad, tiempo y monto de la pensión, previstos en regulaciones anteriores a la Ley 100 de 1993. En consecuencia, la forma de contar las semanas cotizadas de los afiliados se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Estas normas prevén expresamente la viabilidad de sumar tiempos privados y públicos, incluso si tales semanas no han sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Esta posición también aplica para las pensiones del régimen de transición, dados los efectos ultractivos que tienen las normativas pensionales anteriores, para los beneficiarios de ese régimen. Esta postura ha sido reiterada en las Sentencias SL5125-2020^[141], SL5181-2020^[142] y SL1067-2021^[143]. Incluso, la Sala de Casación Laboral ha empleado esta interpretación para conceder la reliquidación de mesadas pensionales, a la luz del régimen pensional más favorable^[144].

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral ha encontrado coherente esa interpretación con la finalidad de la Ley 100 de 1993, concebida como un Sistema Integral de Seguridad Social. Es justamente por esa razón que se les permite a las personas acumular semanas aportadas o tiempos de servicios al Estado, para cumplir con los requisitos necesarios para obtener una pensión. Por otra parte, las cotizaciones hechas a distintos fondos sirven para financiar la mesada reconocida a través de los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes.

39. En conclusión, desde el año 2009 la Corte Constitucional consolidó un precedente, fundado en una línea jurisprudencial pacífica, clara y reiterada –que materializa al principio de favorabilidad– la cual admite la acumulación de tiempos de servicio cotizados a cajas o fondos de previsión públicos y privados, con semanas aportadas al ISS (hoy

COLPENSIONES). Esto, en virtud de que: (i) el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no exige para su aplicación que los aportes se hayan hecho exclusivamente al ISS; y (ii) el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 circunscribe el régimen de transición a los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, no al cómputo de semanas. Para este último factor, es aplicable el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La Sala Plena también ha precisado que, si bien sólo desde la Ley 100 de 1993 se hizo explícita la posibilidad de acumular semanas y tiempos de servicio, independientemente del fondo al que se había hecho el aporte, eso no es óbice para que los ciudadanos puedan acumular tiempos bajo regímenes pensionales previos, como el Acuerdo 049 de 1990. Es por esta razón que el requisito de cotizaciones exclusivas al ISS vulnera los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso. También desconoce el principio de legalidad pues impone un presupuesto adicional que no está explícitamente previsto en las normas. Es, simultáneamente, contrario al principio de favorabilidad, en virtud del cual el operador administrativo o judicial debe elegir el régimen más beneficioso para el afiliado e interpretar las disposiciones que regulan la obtención de la pensión de la manera más beneficiosa para quien la solicita. La Sala destaca que, desde hace un tiempo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia comparte esta interpretación con la Corte Constitucional”.

Y recientemente en la sentencia T-001-2023, del 13 de enero del mismo año, la Corte Constitucional en un caso similar al objeto de estudio, resolvió revocar el fallo de tutela proferida el 15 de diciembre de 2021 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y dejar sin efectos la sentencia proferida el 19 de mayo de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, a tenor de las siguientes consideraciones:

“La posibilidad de aplicar ultractivamente el Acuerdo 049 de 1990 para quienes no estaban afiliados al ISS a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y son beneficiarios del régimen de transición. Reiteración de Jurisprudencia.

41. La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que se debe aplicar ultractivamente el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990), a personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando pretendan obtener la pensión de vejez bajo los requisitos de dicho acuerdo, aunque no estuvieran afiliadas al ISS para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esta regla fue reiterada por la Sala Plena de esta

Corporación en las sentencias de unificación SU-317 de 2021² y SU- 273 de 2022³. En el segundo de estos fallos la Corte Constitucional concluyó:

*“...[e]n la actualidad existe un precedente unificado, pacífico, uniforme y reiterado **que rechaza la exigencia de haber estado afiliado o haber cotizado al ISS para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), como condición para aplicar de manera ultractiva los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990.** Eso para peticionarios beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y por las siguientes razones: (i) porque no existe disposición constitucional, legal o reglamentaria que contenga o sustente tal exigencia; se trata en realidad de una regla sin un sustento adicional al criterio de COLPENSIONES o de algunos jueces que han omitido tener en cuenta el precedente vinculante explicado en los fundamentos jurídicos anteriores; (ii) es contraria a los principios de igualdad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y del principio de favorabilidad, pues supone un acto discrecional que impide el reconocimiento de un derecho, sin justificación alguna, y (iii) vulnera derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital y la vida, pues trunca la obtención de una mesada pensional para quienes son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse, al cumplir con los requisitos exigidos en aquel régimen que les fuere más favorable, previo al consagrado en la Ley 100 de 1993”.* (Negrilla fuera del texto).

42. La Sala Plena arribó a esta conclusión una vez efectuado un recuento de las decisiones adoptadas en casos similares, específicamente las sentencias T-370 de 2016⁴, T-028 de 2017⁵, T-088

² En ese fallo se estudió el reclamo de un ciudadano que realizó aportes a pensión a fondos diferentes al ISS entre 1987 y 1995 y únicamente empezó a cotizar al ISS a partir de 1996. En dicha oportunidad la Corte Constitucional concluyó que: “resulta pertinente insistir en que de la jurisprudencia constitucional se desprende una subregla clara según la cual, a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, es posible acumular los tiempos de servicio cotizados a las cajas o fondos de previsión social con las semanas de cotización efectuadas al ISS, independientemente de si la afiliación a dicho Instituto se dio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto se trata de exigencias no contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990)”

³ En esa oportunidad la Corte Constitucional estudió el caso de una ciudadana que acumuló 1016 semanas de cotización, pero cuya vinculación al ISS se dio con posterioridad a 1998.

⁴ En ese fallo, se estudió el caso de un ciudadano que acreditó 500 semanas de aportes hechas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión, pero que no registraba cotizaciones al ISS para el 1º de abril de 1994. La Sala decidió tutelar los derechos del accionante. Específicamente, en relación con la exigencia de haber cotizado al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala indicó que el Acuerdo 049 de 1990 no exige haber cotizado exclusivamente a esa entidad, antes de tal fecha.

⁵ En este caso la Corte Constitucional determinó que el ciudadano que reclamaba la pensión podía sumar las semanas cotizadas al ISS con las aportadas al fondo propio del Departamento de Cundinamarca, las cuales

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

de 2017⁶ y T-522 de 2020⁷. Al respecto, se destaca que los tres primeros pronunciamientos reseñados resultan anteriores a la fecha de expedición de la providencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Acumulación de tiempos de servicio y cotizaciones realizadas al ISS y a otras entidades administradoras por parte de los beneficiarios del régimen de transición en la aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Reiteración de jurisprudencia⁸.

43. La Corte Constitucional, por lo menos desde 2009⁹, ha sostenido en una línea jurisprudencial reiterada, que los beneficiarios del régimen de transición pueden acumular aportes hechos al ISS con los aportes efectuados a otros fondos –públicos y privados– con el fin de acreditar los requisitos previstos para acceder a la pensión de vejez en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 establece:

“Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos

“a) Sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

“b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”¹⁰.

fueron cotizadas del 18 de marzo de 1983 y el 14 de julio de 1996. Lo anterior, sin importar que no hubiese estado afiliado al ISS para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

⁶ En ese fallo, se estudió el caso el de un ciudadano que laboró para el Ministerio de Trabajo y cotizó a CAJANAL entre el 1º de marzo de 1974 hasta el 29 de abril de 1993. Posteriormente, se afilió al ISS como independiente y efectuó aportes entre el 1º de septiembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008. En esa oportunidad la Corte Constitucional, señaló que el Acuerdo 049 de 1990 en ninguna parte condiciona su aplicación a que quien pretende el derecho pensional haya cotizado exclusivamente al ISS y no otorgó ninguna relevancia a que no tuvo relevancia alguna que el allí actor no hubiese estado afiliado al ISS para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

⁷ En ese caso, Colpensiones argumentó que resultaba improcedente la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 pues para la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 el accionante no estaba afiliado al ISS, de forma tal que no tenía una expectativa legítima de que se le aplicará el Acuerdo 049 de 1990. La Sala estimó que tal interpretación resultaba contraria tanto a la Carta Política como a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por lo tanto concedió el amparo solicitado y ordenó el pago de la pensión.

⁸ Al respecto ver, entre otras, las sentencias: T-090 de 2009, T-398 de 2009, T-583 de 2010, T-093 de 2011, T-143 de 2014, SU-769 de 2014, T-521 de 2015, T-037 de 2017, T-088 de 2017, T-148 de 2017, T-436 de 2017, T-441 de 2018, T-587 de 2019, T-280 de 2019, T-522 de 2020, SU- 317 de 2021 y SU- 273 de 2022.

⁹ Sentencia T-090 de 2009.

¹⁰ Acuerdo 049 de 1990. Artículo 11.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

44. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-398 de 2009 determinó que de la lectura del Acuerdo 040 de 1990 no se desprende o establece en momento alguno que, para su aplicación, resulte indispensable que todas las cotizaciones se hayan hecho exclusivamente a esa entidad. En este sentido, la Corte considera que impedir la acumulación de tiempos cotizados al ISS con los aportados a otros fondos constituye una vulneración del derecho a la seguridad social y desconoce el principio de favorabilidad. Postura consolidada que fue reiterada en la sentencia SU-769 de 2014, en la cual se indicó que:

“Para el reconocimiento de la pensión de vejez de los beneficiarios del régimen de transición, a quienes se les apliquen los requisitos contenidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es posible realizar la acumulación de los tiempos en cajas o fondos de previsión social cotizados o que debieron ser cotizados por las entidades públicas, con aquellos aportes realizados al seguro social. Lo anterior, porque indistintamente de haberse realizado o no los aportes, es la entidad pública para la cual laboró el trabajador la encargada de asumir el pago de los mismos”.

45. En este sentido, la Corte Constitucional consolidó de forma pacífica y reiterada que en virtud del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Carta Política, y en respeto a los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso¹¹, se debe permitir la acumulación de tiempos de servicio cotizados a cajas o fondos de previsión públicos y privados, con semanas aportadas al ISS para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, toda vez que el artículo 12 del citado Acuerdo no exige para su aplicación que los aportes se hayan hecho exclusivamente al ISS; y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece el régimen de transición, lo limita a los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, no al cómputo de semanas, razón por la que resulta aplicable la acumulación de semanas y tiempo de servicio consagrada en el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Análisis del caso concreto

46. A partir de los fundamentos fácticos, normativos y jurisprudenciales advertidos, la Sala Novena de Revisión considera que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social,

¹¹ Sentencia SU-273 de 2022
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

debido proceso y mínimo vital, de los cuales es titular la señora Sara. Puntualmente, la providencia cuestionada incurrió en los defectos de: (i) violación directa de la Constitución y (ii) desconocimiento del precedente constitucional aplicable en la materia, por las razones se exponen a continuación.

47. La señora Sara es beneficiaria del régimen de transición en materia pensional, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En efecto, para el 1° de abril de 1994, la accionante tenía 41 años de edad y el referido artículo exige, para acceder al régimen de transición, en el caso de las mujeres un mínimo de 35 años de edad¹². En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional, a ella le era aplicable también el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990), con independencia de si se encontraba afiliada específicamente a ese sub régimen en específico, pues lo relevante es que se encontraba afiliada a algún régimen, y en este caso eso sí concurre. Esta aplicación del Acuerdo 049 de 1990 no deviene únicamente del régimen de transición, pues también tiene un fundamento importante en la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, el cual implica la interpretación que más beneficie los intereses del empleado. En tal virtud, la peticionaria tiene derecho a la pensión de vejez si reúne los siguientes requisitos: a) cincuenta y cinco (55) o más años de edad, y b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. La accionante cumple con los requisitos descritos anteriormente, porque:

- (i) La señora Sara cumplió 55 años el 3 de agosto del 2007 y
- (ii) Entre el 3 de agosto de 1987 y el 3 de agosto de 2007 la demandante cotizó 730 semanas¹³, es decir que reunió más de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores a la edad de pensión.

48. De esta manera, la accionante reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez consagrados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, puesto que cotizó más de 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de su edad mínima de pensión.

49. La decisión judicial cuestionada en la tutela, en primer lugar, vulneró de manera directa la Constitución, pues no aplicó el principio de favorabilidad en la interpretación de las normas sobre seguridad social en pensiones de vejez. En segundo lugar, desconoció el precedente constitucional pues, como se anotó anteriormente, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el principio de favorabilidad exige la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990),

¹² Además, es importante precisar que el régimen de transición también exige que el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión sea anterior al 31 de diciembre de 2014.

¹³ Expediente digital T-8.593.306, documento digital “01. Escrito 65288.pdf”, p. 51-56.

incluso si el beneficiario se encuentra en un supuesto como el del caso objeto de estudio¹⁴. Para apartarse de esta postura, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué debía ofrecer una motivación suficiente. Sin embargo, esto no se advierte en la sentencia del 19 de mayo de 2020. El tribunal argumentó que, si bien la demandante era beneficiaria del régimen de transición, lo cierto era que ella no había cotizado al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por esa razón, no le era aplicable el Acuerdo 049 de 1990. De esta manera, la decisión demandada se profirió en oposición al precedente fijado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-769 de 2014¹⁵, T-370 de 2016, T-028 de 2017 y T-088 de 2017.

50. Por lo anterior, la Sala de Revisión concederá el amparo de los derechos a la igualdad, seguridad social, debido proceso y mínimo vital de la accionante. Para lograr el restablecimiento de tales garantías fundamentales, la Sala revocará la decisión de instancia en el trámite de esta tutela, que la declaró improcedente. La Corte ordenará dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia proferida en el proceso ordinario laboral. En consecuencia, se ordenará a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué que, en el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de este fallo, profiera una nueva decisión debidamente motivada en la que no se incurra en los defectos señalados en la presente providencia.

51. Por último y frente a los argumentos de sostenibilidad financiera expuestos por Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta Sala resalta que idénticos argumentos fueron expuestos por dichas entidades en el proceso que dio lugar a la sentencia SU-273 de 2022 y fueron debidamente valorados por la Sala Plena de esta Corporación en dicha oportunidad, por lo que se estima que no es necesario un nuevo pronunciamiento al respecto” (Negrillas nuestras).

Síntesis de la decisión

52. La Sala Novena de Revisión analizó la acción de tutela interpuesta por Sara en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana, al mínimo vital, al acceso al Sistema de Seguridad Social en pensiones, a la prevalencia del derecho sustancial, a la irrenunciabilidad de los derechos laborales y pensionales y al principio de favorabilidad laboral.

¹⁴ Sentencia SU-273 de 2022.

¹⁵ Como se indicó, desde la Sentencia SU-769 de 2014, existe un precedente unificado, pacífico, uniforme y reiterado sobre la posibilidad de acumular tiempos de servicio en cajas de previsión social con los aportes realizados al ISS.

Esto, debido a que Colpensiones negó el reconocimiento de su pensión de vejez y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, por su parte, negó la demanda mediante la cual solicitaba el reconocimiento de esa prestación. Las entidades accionadas coincidieron en argumentar que no era posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990 a la demandante porque no estuvo afiliada al ISS con anterioridad al 1 de abril de 1994.

53. La Corte Constitucional encontró que la acción de tutela era procedente formalmente en el presente caso. En cuanto al fondo, la Sala halló que la accionante es beneficiaria del régimen de transición y reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez consagrados en el Decreto 758 de 1990, por lo cual, según el principio de favorabilidad y el precedente constitucional, la justicia laboral debió acceder a las pretensiones de la demanda ordinaria. Esto, por cuanto el principio de favorabilidad exige la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990), incluso si el beneficiario se encuentra en un supuesto como el del caso objeto de estudio. Al no haberlo hecho, sin ofrecer las razones para apartarse de la jurisprudencia constitucional vinculante, la autoridad accionada vulneró el precedente y desconoció de manera directa la Constitución. Por consiguiente, la Corte concederá el amparo de los derechos a la igualdad, seguridad social, debido proceso y mínimo vital. En consecuencia, revocará la decisión única de instancia en el trámite de esta tutela, que la declaró improcedente, dejará sin efectos la sentencia laboral cuestionada y ordenará a la autoridad judicial accionada proferir una nueva decisión debidamente motivada en la que no se incurra en los defectos señalados en la presente providencia”.

Bajo los anteriores derroteros, se tiene que la demandante acredita los requisitos establecidos en el artículo 12 *ejusdem*, al cumplir 55 años de edad el 13 de noviembre de 1959, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 13 archivo 01 del expediente digital, además, acredita un total de 1.945,28 ciclos, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS y los servicios prestados a favor de la Caja de Beneficencia de Cundinamarca desde el 7 de marzo de 1979 hasta el 12 de marzo de 1980, con la Cámara de Representantes desde el 1 de enero de 1980 hasta el 25 de marzo de 1986, y por el ciclo del 26 de marzo de 1986 hasta el 30 de junio de 1992, y a Cajanal desde el 3 de noviembre de 1992 hasta el 31 de enero de 1995, conforme a la Resolución SUB 76803 del 25 de marzo de 2021 (fs. 47 a 51 archivo 01 del expediente digital), es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se

concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida en los términos del Acuerdo 049 de 1990, como así lo determinó sin discusión la entidad demandada.

Ahora bien, en lo que se refiere a la tasa de reemplazo a aplicar se debe tener en cuenta que, para las personas beneficiarias del régimen de transición, no es otra que la contemplada en la norma anterior llamada a regir el caso. En tal medida, el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, establece que la tasa de reemplazo para pensiones de vejez corresponde al 45% del salario base mensual, incrementado en un 3% por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Bajo esta óptica, considerando la densidad de 1945 semanas que la propia demandada reconoció en su Resolución SUB 76803 del 25 de marzo de 2021, se concluye que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%.

Ello, sobre el IBL definido en el acto administrativo en referencia, esto es, el valor de \$3.285.529 que corresponde al promedio de lo cotizado por la convocante en los últimos 10 años de servicios, pues sobre este aspecto no se planteó discusión por la parte activa, y tampoco está llamado a su modificación con la inclusión de los tiempos públicos laborados el 7 de marzo de 1979 hasta el 12 de marzo de 1980, con la Cámara de Representantes desde el 1 de enero de 1980 hasta el 25 de marzo de 1986, y por el ciclo del 26 de marzo de 1986 hasta el 30 de junio de 1992 y a Cajanal desde el 3 de noviembre de 1992 hasta el 31 de enero de 1995.

De manera que, al efectuar las correspondientes operaciones aritméticas se tiene que, la mesada pensional reconocida a la actora desde el 29 de diciembre de 2020, equivale a \$3.786.140.

Establecido el derecho en cabeza de la demandante a la reliquidación pensional, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado por la parte pasiva en la contestación de la demanda.

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, en

regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en el artículo 488 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En sub examine, se tiene que la pensión de vejez se reconoció desde el 19 de noviembre de 2020 mediante Resolución No. SUB 250078 del 19 de noviembre de 2020 y se ordenó la inclusión en nómina a partir del 25 de marzo de 2021 a través de la Resolución SUB76803 y la demanda se radicó ante la oficina judicial de reparto el 3 de noviembre de 2022 (archivo 01 del expediente digital), por manera que al haberse radicado la demanda dentro de los 3 años siguientes al reconocimiento de la pensión de vejez no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción las diferencias causadas a partir del 29 de diciembre de 2021.

En el caso puesto a escrutinio de la Sala, el valor de las diferencias pensionales, se tiene que la encartada adeuda por tal concepto a favor de la actora la suma de \$20.782.857 por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 29 de diciembre de 2021 hasta el 30 de noviembre de 2023, debiendo pagar además las que se causen con posterioridad.

TABLA DE MESADA PENSIONAL					
AÑO	IPC	MESADA RECONOCIDA		MESADA RELIQUIDADA	
2020	3,80%	\$3,786,140		\$3,285,529	
2021	1,61%	\$3,847,096		\$ 3,338,426	
2022	5,62%	\$4,063,302		\$3,526,045	
2023	13,12%	\$4,596,407		\$3,988,662	

AÑO	DIFERENCIAS		N. DE MESADAS		SUBTOTAL
2020	\$ 500.611		1		500611
2021	\$ 508.670,00		13		6612710
2022	\$ 537.257		13		6984341
2023	\$ 607,75		11		6685195
				TOTAL	20782857

Dichas sumas deberán indexarse desde que cada diferencia se hizo exigible, hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme al fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Sin costas en esta instancia al haber prosperado el recurso de apelación. Costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, fíjese la suma de un SMLMV a cargo de la demandada y a favor de la parte demandante.

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

RESUELVE:

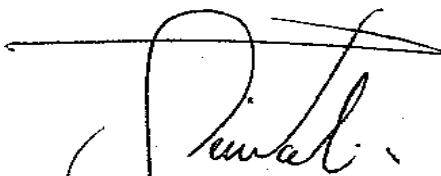
PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 5 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reliquidar y pagar el valor de mesada pensional de vejez a la demandante, señora **Elizabeth García González** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.777.890 expedida en Bogotá, a partir del día 29 de diciembre de 2021 en cuantía inicial de \$3.786.140 Mcte, junto con sus correspondientes reajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar. Lo cual surge de la aplicación en favor de la demandante del valor del 90% como tasa de reemplazo, conforme al Acuerdo 049 de 1990, el cual corresponde ser aplicado a la demandante por ser beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** a reconocer y pagar las diferencias pensionales a favor de **Elizabeth García González** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.777.890 expedida en Bogotá, la suma de \$20.782.857 desde el 29 de diciembre de 2021 hasta el 30 de noviembre de 2023, debiendo pagar además las que se causen con posterioridad, diferencias que deberán ser pagadas de manera indexada teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, fíjese la suma de un SMLMV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2021-00330-01
DEMANDANTE:	CLARA INÉS MORENO SALAZAR.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 10 de noviembre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
-DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y también por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 10 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLARA INÉS MORENO SALAZAR** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-017-2021-00330-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las ventajas y desventajas de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos y gastos de administración, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 25 de mayo de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1997. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a PORVENIR S.A. a partir de finales del año 1999. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión en el RAIS. Que los asesores de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y por último COLFONDOS S.A. al momento de traslado no le elaboró una proyección real de la pensión en cada uno de los regímenes. Que la última AFP en la que se encuentra afiliada le realizó una simulación pensional con una mesada pensional para el año 2023 de \$1.316.888, muy inferior a lo que devengaría en el RPM, pues obtendría una suma de \$8.824.713. Por último, que solicitó a COLPENSIONES el día 25 de mayo de 2021 la nulidad de traslado del RPM al RAIS y se declare su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.**²

¹ Folios 0-1- 8 archivo 02 del ED.

² . Folios 01-41 archivo 07 del ED.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese incurrido en error (falta de información) por parte del FP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, inexistencia del derecho, inexistencia intereses moratorios y/o indexación, saneamiento o nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentó que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que dicho, acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada

Propuso las excepciones de fondo que denominó; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs, convalidación de la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, imposibilidad de retorno al RPM para la fecha de afiliación a PROTECCIÓN S.A., aprovechamiento indebido de los recursos

³ . Folios 01-273 archivo 06 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A. con frontal oposición a las pretensiones adujo que, al momento de la afiliación de la demandante en el año 2013, contaba con 50 años de edad y se encontraba inmersa en la prohibición de retornar en el RPM. Además, de brindarle una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM.

Formuló las excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

PORVENIR S.A.⁴

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional previsto en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

⁴ . Folios 01-20 archivo 05 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso las excepciones de fondo que denominó; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, composición y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de noviembre del 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, inexistencia del derecho y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que el traslado de la señora CLARA INÉS MORENO SALAZAR identificada con la C.C. 51.703.797, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A, y sus vinculaciones posteriores a COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., fueron ineficaces y por consiguiente no produjeron efectos jurídicos, lo anterior según lo analizado. **TERCERO: DECLARAR** que la demandante, señora MORENO SALAZAR, se encuentra legalmente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar el retorno de la demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. **CUARTO: ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de fondos de pensiones de la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante entre éstos, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dinero efectuados por otras Administradoras, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, según lo expuesto en precedencia. QUINTO: CONDENAR a su vez a COLFONDOS S.A., y a PORVENIR S.A., a devolver también gastos y comisiones de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de esas Administradoras, conforme lo considerado (..).**(Negrillas propias).

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al

momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración del consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. a través de apoderada judicial atacó parcialmente el fallo de primera instancia. Adujo que debe revocarse la orden de indexación de devolución de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, toda vez, que con el traslado de los rendimientos se compensa la devaluación de los dineros de la afiliada.

COLFONDOS S.A. a través de apoderada judicial no comparte la declaratoria de ineficacia de traslado, bajo el argumentó que para la fecha de traslado de la actora no existía norma legal o reglamentaría que obligará a la AFP a documentar y guardar las asesorías que efectivamente le fueron realizadas a la demandante. Indicó, que la actora no cumple con los requisitos de ley al

encontrarse dentro de la prohibición de los 10 años prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por último, solicita que se absuelva de la condena de primera instancia.

COLPENSIONES por su parte, indicó que actuó conforme a derecho y se trata de un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del RPM al RAIS. También, señaló que no era viable entregar soportes ni documentales que evidenciará el deber de información cuando no existía norma legal que obligará a las AFP a documentar dicha asesoría.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLARA INÉS MORENO SALAZAR al régimen de ahorro individual administrado por la administradora PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de

garantía de pensión mínima. De igual forma si hay lugar absolver a PORVENIR S.A. de las costas impuestas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como

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

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación al RAIS mediante la A.F.P. PORVENIR S.A. el 10 de diciembre de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1 de febrero de 2000, luego se trasladó a COLFONDOS S.A. el 29 de mayo de 2013 con fecha de efectividad a partir del 1 de julio de 2013, para finalmente trasladarse a PROTECCIÓN S.A. el 26 de abril de 2016 hasta la fecha (pág. 36 archivo 06 del expediente digital), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, sin que se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar,

la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S.A en el año de 1999, fue abordada por un asesor quien le manifestó en su lugar de trabajo que la mejor opción era trasladarse al RAIS porque el Instituto Seguro Social iba a desaparecer y con ello sus aportes. Adujo, que nunca recibió información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Adujo, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes voluntarios para incrementar su mesada pensional. señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión de la *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia

patria, véase al respecto la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y la sentencia SL 4992-2021.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de indexación. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de PORVENIR S.A. relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la entidad recurrente, pues al revisar el actuar de ésta entidad durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, propuso excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró al unisonó en el recurso de apelación y demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a PORVENIR S.A. de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA en su integralidad incluyendo la devolución indexada de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

RESUELVE:

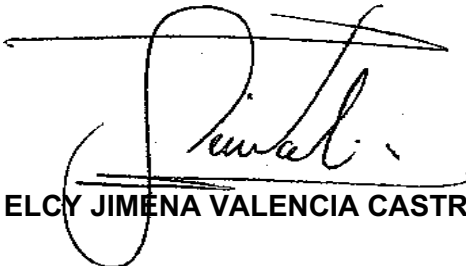
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y**

PORVENIR S.A, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



EDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2022-00024-02
DEMANDANTE:	SANDRA ARANGUREN ARANGUREN.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 4 de octubre de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
-DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 4 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SANDRA ARANGUREN ARANGUREN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y PORVENIR S.A..** con radicado No. **11001-31-05-017-2021-00033-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Página 1 de 14

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las ventajas y desventajas de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos y gastos de administración, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 15 de julio de 1964 y que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 1985 hasta el año 1994. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a PORVENIR S.A. a partir del 20 de abril de 1994. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión en el RAIS. Que el asesor de Porvenir S.A. al momento de traslado no le elaboró una proyección real de la pensión en cada uno de los regímenes. Que la AFP del RAIS en la que se encuentra afiliada le realizó una simulación pensional con una mesada pensional para el año 2023 de un salario mínimo mensual legal vigente, muy inferior a lo que devengaría en el RPM, pues obtendría una mesada de \$1.480.437. Por último, que solicitó a COLPENSIONES el día 12 de marzo de 2021 la nulidad de traslado del RPM al RAIS y se declare su afiliación al RPM.

¹ Folios 0-1- 39 archivo 02 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese incurrido en error (falta de información) por parte del FP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A.³

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, bajo el argumento que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional previsto en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo que le garantizó el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

² . Folios 01-41 archivo 04 del ED.

³ . Folios 01-20 archivo 06 del ED.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de noviembre del 2023, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación cobro de lo no debido, buena fe y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que el traslado de la señora SANDRA ARANGUREN ARANGUREN identificada con la C.C. 39.537.822, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo analizado. **TERCERO: DECLARAR** que la demandante, señora ARANGUREN ARANGUREN, se encuentra legalmente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar el retorno de la demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. **CUARTO: CONDENAR** a PROVENIR (sic) S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por otras Administradoras, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver también los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, **y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, lo anterior según lo expuesto (..).**(Negritas propias).

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de

demostración del consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. a través de apoderada judicial atacó el fallo de primera instancia. Argumentó, que no es posible la aplicación del precedente jurisprudencial vertido frente a la declaratoria de ineficacia de traslado, toda vez, que no se demostró la falta de información alegada por la demandante. Que se escapa de la lógica que una afiliada que ha permanecido durante muchos años en el RAIS recibiendo rendimientos alegue que desconocía las características de dicho régimen. También, agregó que debe revocarse la orden de devolución de gastos de administración, pues conforme al artículo 7 del Decreto 3195 del 2008, dichos emolumentos no están destinados a la financiación de la pensión de vejez sino por su buena gestión. Por último, que debe revocarse la orden de indexación de devolución de gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, toda vez, que con el traslado de los rendimientos se compensa la devaluación de los dineros de la afiliada.

COLPENSIONES por su parte, indicó que actuó conforme a derecho y se trata de un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto de traslado del RPM al RAIS. También, señaló que no era viable entregar soportes ni documentales que evidenciará el deber de información cuando no existía

norma legal que obligará a las AFP a documentar dicha asesoría. Agregó, que la orden impartida vulnera el principio de sostenibilidad financiera, pues perjudica a los afiliados que han venido cotizando en el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por SANDRA ARANGUREN ARANGUREN al régimen de ahorro individual administrado por la administradora PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley

100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que**

la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, *se itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de

información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado (a) acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación al RAIS mediante la A.F.P. PORVENIR S.A. el 20 de abril de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1 de mayo de 1994, hasta la fecha (pág. 98 archivo 06 del expediente digital), **de conformidad con lo anterior se encuentra que el formato de vinculación es la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, sin que se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar

igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S.A en el año de 1994, fue abordada por un asesor quien le manifestó que la mejor opción era trasladarse al RAIS Adujo, que no recuerda haber recibido información acerca de las características del RAIS, ni la forma en que se financiaba la pensión de vejez. Adujo, que nunca le hablaron de obtener rendimientos ni realizar aportes voluntarios para incrementar su mesada pensional. Señaló, que nunca le explicaron la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado

al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a **COLPENSIONES** no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, véase al respecto la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y la sentencia SL 4992-2021.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de indexación. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados

como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de

pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA en su integralidad incluyendo la devolución indexada de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. y PORVENIR S.A. por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

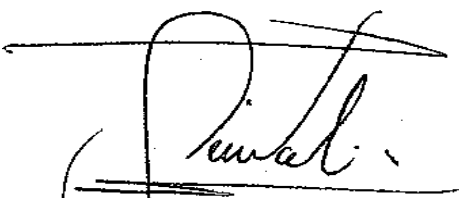
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-019-2021-00266-01
DEMANDANTE:	FREDY GARCÍA.
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 15 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Retroactivo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso formulado por ambas partes y de igual forma el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a lo no apelado de la sentencia del 15 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FREDY GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-019-2021-00266-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

¹ Archivos 03 y 06 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

El promotor de la acción pretende se declare que Colpensiones a través de la Resolución SUB 182441 del 5 de marzo de 2021, reconoció una pensión de invalidez a partir del 1 de marzo de 2021, en cuantía de \$908.526. Que se declare, que tiene derecho al reconocimiento de la prestación de invalidez a partir del 29 de septiembre de 2009 en una cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente. Como consecuencia, de lo anterior se condene al pago de las mesadas pensionales adeudadas entre el 29 de septiembre de 2009 al 28 de febrero de 2021, junto con el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que nació el 8 de septiembre de 1973, y que, según el reporte de ciclos cotizados expedido por Colpensiones, cotizó un total de 1.150 semanas entre el 12 de abril de 1994 hasta el 28 de febrero de 2021. Que, fue calificado por la Comisión Médico Laboral de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del extinto Instituto de Seguro Social el día 29 de septiembre de 2009, entidad que le asignó una pérdida de capacidad laboral del 55.35% con fecha de estructuración el 08 de septiembre de 1973 (desde su nacimiento), desde su nacimiento.

Que solicitó el pago de la pensión de invalidez, siendo negada mediante Resoluciones del 26 de mayo de 2010 y del 18 de octubre de 2011. Aduce, que Colpensiones no tuvo en cuenta las semanas que cotizó en función de su capacidad residual, las cuales ascienden a 752 semanas, es decir, más de 14 años de labor.

Adujo, que el 7 de abril de 2021, elevó nuevamente reclamación de la prestación de invalidez, siendo reconocida mediante Resolución SUB 182441 del 5 de agosto de 2021, a partir del 1 de marzo de 2021 en cuantía de un SMLMV.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que el demandante acreditó el requisito de 50 semanas en los últimos tres años entre el 29 de septiembre de 2006 y 29 de septiembre de

2009, procediendo a reconocer la pensión de invalidez a partir del 1 de marzo de 2021, pues registra su último aporte con el subsidio del Estado en el ciclo febrero de 2021, en la cual se tuvieron en cuenta un total de 755 semanas cotizadas.

Propuso las exceptivas que denominó; inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, carencia de causa para demanda, buena fe de Colpensiones, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de septiembre de 2023, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago por parte de COLPENSIONES de las mesadas causadas y no pagadas desde el 7 de abril de 2018 al 29 de febrero de 2021, condenó a dicha entidad al pago del retroactivo pensional por un valor de \$31.624.120, autorizó a Colpensiones a descontar lo correspondiente a los aportes a salud del retroactivo ordenado y condenó al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas adeudadas. Por último, gravó en costas a Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, estableció la *A quo* que no es objeto de discusión el hecho de que el actor es pensionado por invalidez a partir del 1 de marzo de 2021, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente conforme a la Ley 860 de 1990 y que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral superior del 55.35% mediante dictamen del 29 de septiembre de 2009 proferido por la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del extinto ISS. Citó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003 para señalar que por reglar general para acceder a la prestación de invalidez uno de los requisitos es que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años

inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Sin embargo, tratándose de personas con enfermedades congénitas y degenerativas el análisis de la pensión de invalidez no deben seguir la regla rígida del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, pues de hacerse se afecta a sus afiliados que soportan patologías de larga duración y que impide la acumulación de unas semanas significativas al ser calificadas desde la fecha de su nacimiento. Como soporte de lo anterior citó las sentencias SL 780-2021 2023-2021 002-2020-926-2021.

Explicó, que atendiendo a lo manifestado por COLPENSIONES en la Resolución que reconoció la pensión de invalidez, la estructuración de la invalidez del afiliado por su tipo de enfermedad congénita corresponderá a la fecha en que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral, es decir el 29 de septiembre de 2009. Empero, pero para determinar la fecha de reconocimiento de la pensión de invalidez acudió a lo previsto en el art. 10 del Decreto 758 de 1990, para señalar que debe ordenarse desde la fecha en que se estructuró la pensión de invalidez o cuando se deje de pagar la última incapacidad, pero no desde la fecha de la última cotización por cuanto no se trata de una pensión de vejez. **Por tanto, es viable el reconocimiento de la prestación conforme lo señaló Colpensiones a partir del 29 de septiembre de 2009.**

Señaló que el 7 de abril de 2021 el demandante elevó reclamación administrativa, y de igual forma instauró la demanda el 31 de mayo del mismo año, esto es, dentro de los 3 años establecidos en el artículo 488 del C.S.T y art.151 del CPT y S.S. Precisó que, conforme a lo anterior, el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adeudadas desde el 7 de abril de 2018 hasta el 29 de febrero de 2021. Por último, condenó al pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo ordenado, pues se trata de un resarcimiento a la omisión en el pago de las mesadas pensionales, citó la sentencia SL 3130-2020.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, solicita se revoque la sentencia parcialmente para que en su lugar se ordene el retroactivo a partir del 29 de septiembre de 2009,

data en que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral y hasta el 28 de febrero de 2021, tal como fuere declarado por Colpensiones en sede administrativa. Aduce que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción, en virtud del artículo 2530 del Código Civil en aplicación analógica del artículo 145 del CPT y S.S., toda vez, que dicha norma establece que la prescripción ordinaria se suspende sin extinguirse el derecho a favor de los incapaces como el demandante. Al no prosperar la excepción prescripción debe reliquidarse el retroactivo ordenado junto con los intereses moratorios.

La **DEMANDADA COLPENSIONES**, aduce que se debe revocar la sentencia en su integralidad, bajo el argumento que el demandante no le asiste derecho al retroactivo pensional a partir del año 2009, pues para dicha data no reunía los requisitos legales, pues solo con un cambio jurisprudencial frente a las enfermedades congénitas, la AFP procedió a reconocer la prestación a partir del mes de marzo de 2021, toda vez, que registra como último ciclo de cotización el mes de febrero de 2021. Por último, indica que bajo la misma premisa se debe absolver a Colpensiones de los intereses y costas procesales.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez, desde la fecha solicitada, así como a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede de conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el artículo 66 A del C.P.T y. S.S, así mismo a surtir el grado jurisdiccional de Consulta frente a lo no apelado por Colpensiones, en virtud de lo dispuesto en el Art. 69 del CPTSS.

Son hechos probados en este asunto, **1.** Que el ISS a través de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor con una calificación del 55.35% y fecha de estructuración del 8 de septiembre de 1973. **2.** Que el 27 de octubre de 2009, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, siendo negada mediante Resolución No. 015829 del 26 de mayo de 2010, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 3041 de 1966. **3.** Que, contra la anterior determinación, el actor presentó recurso de reposición y apelación con respuesta negativa a través de las Resoluciones Nos. 015168 del 5 de mayo de 2011 y la 04863 del 18 de octubre de 2011. **4.** Que, el 7 de abril de 2021 nuevamente solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, y Colpensiones le concedió la pensión de invalidez, mediante Resolución SUB 1821441 del 5 de agosto de 2021, a partir del 1 de marzo de 2021 en cuantía de \$908.526, equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Ahora bien, como lo advirtió la Juez de instancia y conforme a lo expuesto por la misma Colpensiones en la Resolución SUB 1821441 de 2021 (archivo 04 del expediente digital), la enfermedad que padece el demandante es considerada como “*congénita*”, lo que significa que su estado de salud le permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esta medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta llegar a un momento en el que la progresión de enfermedad es tal, que le impide de manera definitiva seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema, en tales eventos, en lo que el estado de invalidez de una persona esta asociado al padecimiento de enfermedad de carácter degenerativo para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez. De lo anterior se colige que las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, siendo validos sus aportes efectuados hasta perder toda capacidad productividad y funcional de forma permanente y definitiva.

En los anteriores términos, y en aplicación del precedente judicial de la Corte Constitucional la AFP determinó en sede administrativa que la fecha de la estructuración de la invalidez no es la señalada en el dictamen de Pérdida de

Capacidad Laboral, es decir el 8 de septiembre de 1973, data de nacimiento del actor, sino la fecha en que fue emitido por el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, esto es, el 29 de septiembre de 2009, tal como se ilustra a continuación:

Que de conformidad con lo expuesto en el concepto anterior, la estructuración de la invalidez del afiliado por su tipo de enfermedad *congénita*, para el presente estudio corresponderá a la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, es decir el 29 de septiembre de 2009.

Ahora bien, la lid del asunto radica en que Colpensiones ordenó el pago de la prestación de invalidez a partir del 1 de marzo de 2021, atendiendo que verificada la historia laboral del demandante registra su último aporte con el subsidio del estado en el ciclo febrero de 2021. Por otro lado, el demandante a través de apoderado judicial insiste que debe ordenarse el disfrute a partir del 29 de septiembre de 2009.

En efecto, como lo señala el demandante en su alzada el reconocimiento y disfrute de la pensión de invalidez es a partir de la fecha en que realmente perdió su pérdida de capacidad laboral, es decir el 29 de septiembre de 2009, data que fue valorado por el extinto Instituto de Seguros Social, tal como fuere concluido por Colpensiones en sede administrativa al aplicar el precedente constitucional acogido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia si la Administradora tomó como fecha definitiva de la pérdida de capacidad laboral la de su valoración, es a partir de ahí que debe ordenarse su disfrute.

De igual forma, el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 establece que la pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado y no desde el día siguiente de su desafiliación pues no se trata de una prestación de vejez.

En este punto, es importante recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que el hecho de que existan aportes al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la data de estructuración no desvirtúa el reconocimiento retroactivo del derecho pensional, a partir del momento mismo

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

en que se configuró o estructuró la invalidez.

En la sentencia CSJ SL4622-2019, rad. 66186, que reiteró la decisión CSJ SL, 23 mayo 2005, rad. 25351, al respecto se puntualizó:

“Ahora bien, frente al tema del reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando han existido aportes al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la data de estructuración, la Sala advierte que el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico que se le endilga, por cuanto la interpretación dada a los preceptos normativos enunciados se acompasa con la teleología de tales disposiciones, que no es otra que amparar al asegurado desde la fecha en la que pierde su capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, más aún cuando el mismo artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que el derecho pensional de invalidez debe pagarse en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez.

Sobre el particular, debe recordarse que esta Sala ha insistido en que no hay lugar a contabilizar para esos fines, las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, lo cual se explica porque lo que se protege es una contingencia, un riesgo incierto, que en este caso es la pérdida de la capacidad laboral por enfermedad no profesional. Si se estructura la invalidez, se convierte en un hecho cierto que deja de ser asegurable” (CSJ SL, 23 mayo 2005, rad. 25351).

Claro lo anterior, es viable el disfrute de la pensión de invalidez a partir de la fecha en que se estructuró su invalidez, esto es, desde el 29 de septiembre de 2009, sin embargo, en el presente asunto se configuró **el fenómeno prescriptivo** tal como lo declaró la Juez de primer piso.

En este punto, la parte actora manifiesta que a tener del artículo 2530 del Código Civil al demandante le es aplicable la suspensión de la prescripción ordinaria. Dicho canon, preceptúa lo siguiente:

“Artículo 2530. Suspensión de la prescripción ordinaria

La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.

Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia. Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos.

No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”.

En lo concierne a la interpretación de la norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1020-2021 instruyó lo siguiente:

“La sentencia CSJ SL, del 11 dic. 1998, rad 11349, reiterada en la CSJ SL10641-2014, aun cuando se refería a la suspensión de la prescripción frente a los menores de edad precisó que esta cobijaba a las personas contempladas en el artículo del compendio civil en comento y, en esa dirección, señaló:

La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

*La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, **esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.***

*En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, **incluye a "Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría"**.*

*Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que **el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado.** (Resalta la Sala).*

Del precedente en cita se evidencia que la actora está bajo la protección antes aludida, por lo que para la misma no corrió el término extintivo de la prescripción, y suponiendo que la madre de la actora podía haber reclamado el derecho por ella a la muerte del señor Roso Ramón Garcés Garcés, lo cual fue en el año 2004, la misma falleció el 28 de mayo de 2005 y solo hasta diciembre de 2008 se declaró la interdicción de la accionante y se le nombró curadora definitiva; quien, aún antes de la sentencia que la designara como tal, reclamó la pensión de sustitución al ISS el 30 de mayo de 2008 (fls. 45 y 46) que se le negó mediante la Resolución 003166 del 26 de febrero de 2009, y la demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2009, con lo que tampoco se podría considerar el término prescriptivo.

Cumple destacar que la actora no demandó las mesadas pensionales causadas desde la muerte de Roso Ramón Garcés Garcés, que fueron pagadas a María Luisa Ortega Barrios, fecha para la cual la demandante se encontraba protegida por la norma en cita no obstante no existe duda que, al ser la sustitución de la pensión que recibía su padre de crianza, el derecho se causa a partir de la muerte del mismo, esto es, **13 de agosto de 2004**. En todo caso y dado que

se está ante la declaración de un nuevo beneficiario el pago de las mesadas procede a partir de la mesada dejada de pagar por la muerte de María Luisa Ortega, por cuanto para la fecha en que le reconoció la sustitución a la misma no existía controversia para la entidad pensional, o disputas sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes”.

En los anteriores términos, la suspensión de la prescripción extintiva conforme el inciso 2° del artículo 2530 del Código Civil, se predica de la persona **que se está absolutamente discapacitada** para hacer valer sus derechos, que efectivamente incluye los estados de salud, cuando se padecen enfermedades que le impiden discernir adecuadamente o tomar decisiones inmediatas sobre una situación personal o patrimonial, situación que para el caso de autos no ocurrió.

En sub examine, no es objeto de controversia que la pensión de invalidez fue reconocida al actor a consecuencia de la enfermedad “*HANS bilateral severa con T. comunicación*”, que el extintivo Instituto de Seguro Social (ISS) calificó con una pérdida de capacidad laboral del 55.50%, de suerte que declaró que la fecha de estructuración de la patología era la fecha de nacimiento, tal como se advierte de la calificación de fecha 29 de septiembre de 2009. En gracia de discusión, de la misma historia laboral se evidencia que la patología que originó la pensión de invalidez no ha sido un obstáculo o impedimento para que el actor ingresará al ámbito laboral, ni tampoco con posterioridad a la fecha de calificación, pues laboró para las empresas SAUTO S.A. y HUMANOS S.A.

Lo anterior también fuere aceptado por el actor en los hechos 26 y 27 de la reforma de la demanda, en la que señala que laboró como operario de la empresa SAUTO S.A. y luego para la empresa HUMANOS S.A. En orden considera la sala que por el simple hecho de que una persona sea sorda no se le puede señalar como un incapaz absoluto. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-983 del 13 de noviembre de 2002, en la que recordó la evolución del concepto de sordo e instruyó lo siguiente:

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

“La Corte sostuvo, con ocasión del análisis del artículo 127 del Código Civil, que si los sordomudos pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, pueden contraer matrimonio. Además, que pueden deponer e ilustrar el juicio del funcionario y es a éste a quien en últimas le corresponderá valorar críticamente el contenido de las afirmaciones de dichas personas². Dijo así la Corte en esa oportunidad:

“Para la Corte es evidente que las personas discriminadas por la norma demandada están en condiciones y en capacidad para conocer y deponer sobre los hechos relacionados con la solicitud presentada por los futuros contrayentes en cuanto a la identidad, estado civil, ausencia de vicios en el consentimiento de los mismos, parentesco, condiciones físicas, mentales sociales y demás aspectos, así como atestiguar sobre otros hechos tendientes a ilustrar el juicio de la autoridad pública celebrante.

En este orden de ideas, el artículo 127 de la Carta, a juicio de la Corte, restringe la posibilidad a un grupo de personas para que sean testigos de un matrimonio, lo cual, a no dudarlo resulta discriminatorio, irrazonable, desproporcionado e injustificado, contrario en últimas al artículo 13 de la Carta, pues si bien es cierto que ellos carecen o están limitados de un órgano o sentido, ello no impide que perciban la ocurrencia de los fenómenos naturales, sociales, económicos, morales, éticos, etc., mediante otro sentido u órgano y que tales hechos del mundo externo, no pueden ser expuestos o vertidos en forma cierta y verídica, o fidedigna ante un funcionario judicial, para que éste se forme un juicio o una idea y pueda valorarla, y en consecuencia actuar positiva o negativamente frente a la misma, máxime cuando hoy en día, los adelantos científicos y tecnológicos permiten su completa realización personal y su total integración económica, social y cultural el mundo contemporáneo”.

Precisó también esta Sala que cuando la Constitución autoriza tratamientos diferentes, se hace con el objeto de que el Estado brinde una especial protección a un grupo determinado de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pero no con el propósito de marginarlos del mundo jurídico, lo cual efectivamente ocurre con las disposiciones ahora acusadas³.

Es importante traer a colación que en nuestro país legislaciones más recientes al Código Civil tienen una orientación distinta sobre esta

² Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-401 del 2 de junio de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz).

³ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-401 de 1999, ya citada.

materia. El Código de Procedimiento Civil, expedido en 1970, otorga un tratamiento más acorde con la realidad y con los principios constitucionales, pues en su artículo 215 permite que los sordomudos puedan rendir testimonio en cualquier proceso cuando se puedan dar a entender no sólo por escrito, sino por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete.

Así las cosas, por el simple hecho de que una persona sea sorda y muda a la vez no se le puede señalar como incapaz absoluta si además no se puede expresar por escrito. Resulta pertinente recordar lo que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia sostuvo cuando declaró inexecutable un aparte del artículo 16 del Decreto 250 de 1970 que establecía la imposibilidad de que los sordos, los mudos y los ciegos fueran designados para un cargo en la Rama Judicial:

Así las cosas, no es posible la suspensión de la prescripción extintiva conforma el inciso 2° del artículo 2530 del Código Civil, pues de manera excepcional se predica para aquellas personas que están absolutamente discapacitados para hacer valer sus derechos, situación en la que no encaja el demandante, pues su condición de sordo *per se* no necesariamente lo incluye como una persona incapaz absoluta, máxime cuando se demostró que con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez ingresó al mundo laboral, siendo una persona autónoma y capaz.

Ahora bien, tratándose de la pensión de invalidez, solo es posible que tal prescripción inicie a correr desde la fecha en que el afiliado se le ha dictaminado que tiene una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, es decir, que es únicamente a partir de esa situación, que empieza a correr el término trienal frente a las mesadas que se hubieran llegado a causar. Así lo dijo recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2652-2021, rad. 81872, que reiteró la CSJ SL1562-2019:

“Ahora, como el retroactivo reclamado deviene de una pensión de invalidez, se impone recordar que la jurisprudencia de la Sala tiene definido que, cuando se trata de la pensión de invalidez, la prestación solo puede reclamarse una vez que el asegurado tiene certidumbre sobre su condición, la cual se obtiene desde cuando se notifica del dictamen de calificación, por lo que, resulta indispensable la calificación y definición de la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%

emitido por la autoridad competente, y es a partir de ese momento que se adquiere certeza de la existencia del estado de afectación y se hace exigible su reconocimiento, al respecto en sentencia CSJ SL1562-2019, manifestó:

Así pues, en sentencia CSJ SL 5703- 2015 (que reiteró las decisiones CSJ SL, del 17 de oct. de 2008, rad. 28821 y CSJ SL, del 6 de jul. de 2011, rad. 39867, CSJ SL, del 3 de agosto. de 2010, rad. 36131), se precisó que aunque el hecho dañoso que ocasionaba la pérdida de capacidad del afiliado se hubiese fijado de forma retroactiva y no concurrente con el momento de la emisión del dictamen de calificación, ello no significaba que la exigibilidad de la prestación pensional naciese desde la estructuración del estado de invalidez, pues en últimas, es a partir de la firmeza del diagnóstico por parte de la correspondiente autoridad médica que el padecimiento alegado adquiriría la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible, y, por ende, producía efectos jurídicos en lo que se refería a las prestaciones sociales que de su ocurrencia emanaban.

Vistas así las cosas, en esta oportunidad debe reiterarse que es a partir del momento que la autoridad competente emite la calificación correspondiente y aquella alcanza firmeza, que existe posibilidad no solo de reclamar el derecho pensional, en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino de contabilizar el término trienal encaminado a la consolidación del efecto extintivo de prescripción, pues no es lógico, pese a lo indicado por el recurrente, que si el derecho pensional no ha nacido a la vida jurídica, se alegue su declive por prescripción”.

Ahora bien, como el dictamen de pérdida de calificación laboral a través del cual se definió el estado de invalidez del promotor del proceso, fue realizado el 29 de septiembre de 2009, (Archivo 2 pág. 37 a 39), la **primera** solicitud pensional fue elevada al extinto ISS hoy COLPENSIONES el 27 de octubre de 2009, siendo negada mediante Resolución No. 015829 del 26 de mayo de 2010, y se notificó el 17 de agosto de 2010 (Archivo 2 pág. 42). Así mismo, dentro del término establecido Fredy García presentó recurso de reposición y apelación, contra la referida decisión, con respuesta negativa a la petición de la pensión a través de las Resoluciones No. 015168 del 5 de mayo de 2011 y No. 04863 del 18 de octubre de 2011, siendo notificado de la Resolución que resolvió el recurso de apelación el 18 de octubre de 2011, tal como se evidencia en la pág.45 del archivo 01 del cartapacio digital, por tanto a partir de la anterior fecha contaba con el término trienal previsto en el artículo 488 del C.S.T y el art.151 del C.P.T y S.S. para que ninguna mesada pensional se viere afectada por el fenómeno prescriptivo a partir de la fecha en que se produzca el estado de discapacidad.

Sin embargo, luego de 6 años, 5 meses y 17 días, la parte demandante elevó una segunda reclamación administrativa el 7 de abril de 2018 en la que solicitó la prestación de invalidez, siendo reconocida mediante Resolución SUB182441 del 5 de agosto de 2021, por lo que la demanda inaugural se presentó en tiempo el 31 de mayo de 2021, es decir, antes del vencimiento del término trienal previsto en las normas laborales y de la seguridad social atrás reseñados, sin que sea posible aplicar compendios civiles. En consecuencia, no se equivocó la Juez de instancia de ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez desde el 7 de abril de 2018 al 29 de febrero de 2021, por un valor de **\$31.650.157**, suma ligeramente superior a la establecida en primera instancia por valor de **\$31.624.120**, por virtud de las aproximaciones, por lo que se mantendrá incólume la decisión en este aspecto.

AÑO	NO. DE MESADA	VALOR DE LA MESADA	SUBTOTAL
2018	10	\$ 781.242	\$ 7.656.171
2019	13	\$ 828.116	\$ 10.765.508
2020	13	\$ 877.802	\$ 11.411.426
2021	2	\$ 908.526	\$ 1.817.052
		TOTAL	\$ 31.650.157

En lo concerniente a los **instalamentos por mora** contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden en procura de resarcir los perjuicios derivados de la tardanza en el reconocimiento de la prestación, más no como una sanción por el incumplimiento de las disposiciones legales que regulan la materia (CSJ SL4335-2022).

En sub examine, los réditos son viables siempre y cuando la reclamación de la prestación hubiere ocurrido con posterioridad al cambio de criterio jurisprudencial en que como se señaló tratándose de enfermedades congénitas para efectos de contabilizar el número de semanas de cotización se puede tomar la fecha en que se profirió el dictamen de calificación de la invalidez, postura que cambió a partir de las sentencias SL3275-2019, SL4567-2019, SL770-2020 y SL409-2020. En gracia de discusión, como la reclamación se elevó el 7 de abril

de 2021, esto es, con posterioridad al cambio jurisprudencial que finalmente acogió Colpensiones en sede administrativa son procedente los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, máxime que la negativa de reconocer la prestación a partir del 7 de abril de 2021, se originó por una indebida aplicación del artículo 10 del Decreto 758 de 1990 y la jurisprudencia vigente para la época.

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la **condena en costas** de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa entidad durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, oposición que reiteró en el recurso de apelación. En esos términos, resulta improcedente absolver a **COLPENSIONES** de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese sentido.

En conclusión, se confirmará la decisión de ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez desde el 7 de abril de 2018 al 29 de febrero de 2021, junto con el pago de intereses moratorios por las mesadas adeudadas conforme a lo expuesto en párrafos anteriores. Sin costas en esta instancia al no prosperar los recursos de apelación formulados por ambas partes.

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

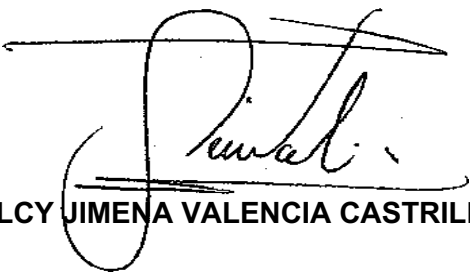
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 15 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



EDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001.31.02.023.2022.00477.01
DEMANDANTE:	EMERSON EDUARDO COLLAZO GARCÍA.
DEMANDADO:	BRINKS DE COLOMBIA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 4 de julio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Terminación unilateral sin justa causa
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 4 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Vientres (23) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **EMERSON EDUARDO COLLAZO GARCÍA** contra **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** con radicado No. **11.001.31.05.023.2022.00477.01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El demandante pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo el cual finalizó por causal imputable al empleador, que la entidad demandada desconoció el debido proceso dentro del proceso disciplinario, que también se declare que la terminación del contrato se produjo durante el acaecimiento de un conflicto colectivo. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro al mismo o mejor cargo, en las mismas o mejores condiciones laborales, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, legales, convencionales, y aportes al sistema de seguridad social desde el momento en que fue desvinculado hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, y al pago de perjuicios morales.

Como pretensión subsidiaria, se condene al pago de la indemnización por terminación sin justa causa y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que ingresó a trabajar para la pasiva el 16 de julio de 2018, desempeñando el cargo de escolta. Que, el 22 de febrero de 2022, se celebró diligencia de descargos en la que se le atribuyó que el 29 de enero de 2020 divulgó audios por medio en los cuales realizaba afirmaciones falsas en contra de la compañía, también relevó información interna, reservada y confidencial respecto a temas de seguridad, modelos y formas de operar. Igualmente, que insultó a sus compañeros Iván Simancas director de Operación y al señor José Balaguera jefe de seguridad.

Señaló que se encontraba en un espacio privado, en horario no laboral e intoxicado por el alcohol. Aduce, que como Escolta no podía conocer a detalle la información relevada en el audio y que se le atribuyó

¹ Pág., 1-35 archivo 02 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

en la audiencia de descargos. Aduce, el actor que para la fecha en que se produjo el despido estaba diagnosticado con un trastorno mixto-ansioso depresivo tomando medicamento Flouxenta 20 mg, una pastilla diaria.

Explicó, que al momento de la terminación del contrato era beneficiario de la convención colectiva suscrita por SINTRABRINKS y la empresa demandada. Agregó, que al momento del finiquito se había convocado al Tribunal de Arbitramento mediante Resolución 4373 del 22 de octubre de 2019 y se dictó laudo arbitral el 21 de febrero de 2020, siendo apelado por las partes y a la espera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia resuelva el recurso de anulación.

Por último, ante los anteriores acontecimientos la sociedad demandada instauró diligencia de descargos, pero sin acompañamiento de los dos miembros sindicales. Aduce, que no se dio cumplimiento a ninguno de los 7 numerales estipulados en el procedimiento para iniciar el proceso disciplinario contemplado en el artículo 75 del Reglamento Interno de Trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** expresó oposición frente a la totalidad de las pretensiones, en la medida que el demandante incurrió en gravísimos incumplimientos a sus obligaciones legales y contractuales, además, la terminación del contrato se dio por justa causa, acorde con los postulados legales y jurisprudenciales.

Frente a los hechos, en síntesis, manifestó conformidad con aquellos referentes a la relación contractual, extremos temporales, labor desempeñada y los que estaban debidamente probados con la documental aportada, sin embargo, respecto al resto adujo que no eran ciertos al

señalar que debido al gravísimo incumplimiento del trabajador de sus obligaciones contractuales, por cuanto como escolta difundió información confidencial de la compañía, la cual guarda confidencialidad, razón por la cual no puede ser expuesta bajo ningún criterio, toda vez, que los temas de seguridad, modelos y forma de operar que el demandante conocía en razón al entonces desempeño de sus funciones, este debía abstenerse de publicarlas y comentarlas con terceras personas. Aduce que, de la simple reproducción de los videos, se puede establecer sin lugar a dudas que los mismos se grabaron con la cámara frontal de un dispositivo móvil, en la modalidad tipo “selfie” o “autofoto”, y que sí fueron grabados por el mismo demandante, por lo que no tiene sentido que ahora niegue la grabación de los mismos.

Agregó, que según el dicho del actor que se le había vulnerado el debido proceso, señaló que no es cierto, pues la entidad siempre había estado apegada al procedimiento reglamentario con el fin de proteger dicho derecho.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; el objeto social de mi representada, la terminación del vínculo laboral como consecuencia del incumplimiento no como una sanción disciplinaria, del gravísimo incumplimiento del demandante frente a las obligaciones legales y contractuales, posibilidad de terminar con justa causa el vínculo laboral en el conflicto colectivo, inexistencia de percusión sindical, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, temeridad y mala fe, la genérica del artículo 286 del C.G.P.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de julio de 2023, absolvió a la demandada BRINKS DE

COLOMBIA S.A. de todas las pretensiones de la demanda incoadas por el actor y lo gravó en costas procesales.

Como fundamento de su decisión, inició por señalar como hechos exentos de prueba los concernientes a la relación laboral bajo un contrato a término indefinido y los extremos aceptados. Frente al fuero circunstancial señaló que la garantía prevista en el Decreto 2351 de 1965, es la protección de aquellos trabajadores que han sido despidos sin justa causa durante la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto. Explicó, que de conformidad a las pruebas aportadas al expediente se evidenció que en efecto a la fecha de terminación del contrato aún no se había dado por terminado el conflicto colectivo propuesto por el sindicato. En ese orden de ideas, sí se comprueba que el trabajador fue despedido sin justa causa, sería procedente el reintegro al cargo que venía desempeñando.

Frente a la terminación del contrato de trabajo, mencionó la carta de despido con cada una de las causales reseñadas. Luego de escuchar los audios aportados por la empresa, en ellas el demandante indicó que las cámaras de seguridad de los carros de valores no servían, que las tulas de dinero no la ingresaban dentro de los cofres, por tanto, no estaban aptos para salir y que el cómo sus compañeros debían abstenerse de salir sin importar las consecuencias. Que, frente al segundo audio indicó que los compañeros no debían salir con valores “pasados” del monto permitido, y no entregando a tiempo a la empresa todos los valores recaudados si ésta no le daban todas las garantías. Adujo el cognoscente que, si bien el demandante en la diligencia de descargos pretendió desconocer los audios, al absolver interrogatorio de parte confesó que fue la persona que realizó los audios y los envió a un grupo de WhatsApp. Explicó, que la empleadora se ocupa del transporte de los valores, específicamente del efectivo de las entidades financieras y de los grandes comercios o superficies, siendo una actividad de alto riesgo y confidencial. Por tanto,

los trabajadores deben guardar reserva de la forma y modo en que se transportan los valores, y que con esos audios enviados por el actor expuso la seguridad de los trabajadores con información falsa como que las cámaras de seguridad de los vehículos de valores no servían y que los escoltas deben guardar las tulas en cofres dentro de los vehículos. Concluyó, que en efecto el trabajador expuso información confidencialidad de la empresa sin percatarse que con ellos exponía la seguridad de sus compañeros, al señalar la forma en que operaban y señalar falsamente que las cámaras de seguridad de los vehículos no servían.

Aunado, que también el demandante reconoció que los videos fueron elaborados por el mismo y divulgados en la red WhatsApp, señalando injurias y atropellos en contra de dos de sus compañeros y un jefe directo, conducta que también está calificada como una falta grave para despido. En consecuencia, se acreditó la justeza del despido al adaptarse las conductas con las causales señaladas en su carta de terminación, sin que el alcohol o que los audios o videos elaborados en jornada no laborales sean eximentes de la responsabilidad de divulgar la información confidencialidad de la empresa.

Por último, en lo concerniente al debido proceso, explicó que la parte actora aduce que no se surtió en debida forma el proceso disciplinario establecido en la el Reglamento Interno de Trabajo. A reglón seguido citó el artículo 71 del Reglamento Interno de Trabajo, que refiere que la terminación del contrato no se considera una sanción disciplinaria sino como un medio jurídico para extinguir aquel y que, conforme a las pruebas documentales aportadas, advirtió que se respetó el debido proceso, pues a la parte demandante le fueron entregadas cada una de las pruebas y frente a la terminación del contrato no está contemplado que deba estar asistido de dos representantes legales.

El Juez *a quo*, también indicó que al trabajador se le garantizó el derecho de defensa, y compareció a la diligencia de descargos a exponer las razones de los hechos que le endilgaron en la carta de despido. En consecuencia, absolvió a la demandada de todas las pretensiones en su contra incluidos los perjuicios morales, y frente a la indemnización moratoria se advirtió que la patronal pagó la respectiva liquidación de prestaciones diecisiete días después de la rescisión del contrato, tiempo prudencial que no generó mora.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** a través de apoderada judicial, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida en instancia. Formuló tres cargos en específico, siendo la primera inconformidad en señalar que las conductas que ejecutó el trabajador fueron hechas en un horario no laboral sin que se pueda deducir que el trabajador debe estar en una constante subordinación en sus espacios de ocio.

La segunda inconformidad, es que la empresa debió aplicar el procedimiento disciplinario previsto en el reglamento interno de trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo. Y el tercer cargo, lo sustentó aduciendo que la ex patronal no dio cumplimiento estricto al reglamento interno de trabajo al no comunicar en la citación de diligencia de descargo las conductas endilgadas al trabajador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo *demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, determinar si le asiste razón al demandante al señalar que las conductas ejercidas no fueron dentro del ámbito laboral y por tanto no faltó al deber de confidencialidad. De igual forma, si la demandada violó el debido proceso al no respetar el proceso establecido en el reglamento interno de trabajo y no señalar en la citación de la diligencia de descargos los hechos o conductas objeto de despido.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede de conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el artículo 66 A del C.P.T y. S.S.

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto. **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, el 16 de julio de 2018 (pág. 84-87 archivo 07 ED); **2.** Que el contrato fue terminado de forma unilateral por el empleador, el 23 de febrero de 2022, aduciendo una justa causa para ello (págs. 74-83 archivo 07 del D.) **3.** Tampoco existe discusión que el demandante el

29 de enero de 2022, divulgó audios por medios de WhatsApp, en los cuales revela información interna, reservada y confidencial respecto a temas de seguridad, modelos y forma de operar, también difundió afirmaciones deshonrosas e irrespetuosas en contra de dos trabajadores directivos de la empresa, el señor Iván Simancas, director de operación y el señor José Balaguera, jefe de seguridad de la Regional Norte. 4. Así mismo, se encuentra probado que los anteriores hechos fueron invocados por la empresa en la carta de despido y se fundamentó en el artículo 59 numerales 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 31 y 38; Artículo 62 numerales 1, 2, 5, 7, 9; Artículo 65 numerales 14, 24, 30, 41 y 42; Artículo 72 numerales 4, 10 y 16; Artículo 73 que establece las justas causas para dar por terminado en los numerales 3, 4 y 16 del reglamento interno de trabajo, en el artículo 58 numerales 1, 2, 4 y 5, y artículo 62 numerales 2, 3 y 6 del Código Sustantivo de Trabajo. Y por último en la Cláusula tercera numerales 1, 3, 4, 10 12 y 21; Clausula sexta numeral 8; Cláusula décima tercera que establece las justas causas para terminar el contrato en los numerales 2, 4, 8, 19 y 21 del contrato de trabajo.

Al estar demostrado que la conducta atribuida está acreditada por el mismo actor en interrogatorio de parte, situación que no fue objeto de reproche en esta instancia. El problema jurídico que concierne a la Sala es dilucidar si le asiste razón al demandante al aseverar que los hechos que originaron el despido fueron cometidos en horario no laboral y en un espacio de esparcimiento por lo cual no se puede concluir que faltó al deber de confidencialidad que le asistía como escolta en no relevar información que pusiera en riesgo la operación de la empresa y la seguridad de sus compañeros.

Aclarado lo anterior, se advierte de entrada que no se equivocó el Juez de instancia al señalar que el actor actuó de forma descuidada y negligente al transmitir información reservada a través de audios de

WhatsApp y generar un riesgo para los haberes intangibles de la empresa. En este punto, no tiene relevancia si el trabajador difundió los audios en horario laboral o no, pues existe una vulneración patente al deber de lealtad generado en la ejecución del contrato de trabajo, y en la que el empleador, en ejercicio legítimo de su poder subordinante, impuso al trabajador desempeñarse con lealtad y fidelidad absoluta con la empresa y no solamente en los espacios laborales.

Al ojear el contrato de trabajo en su cláusula tercera se advierte que el trabajador demandante se obligó a *“Guardar absoluta y estricta reserva sobre la totalidad de los asuntos, normas, procedimientos, actividades etc. de la empresa, no pudiendo hacer ningún comentario sobre ella con amigos, familiares. u otros trabajadores. especialmente las que sean de carácter reservado o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicio al empleador”, “Cumplir con la máxima lealtad, honestidad, cuidado, diligencia y puntualidad las labores asignadas”, “Guardar absoluto respeto y un adecuado y correcto tratamiento con los superiores jerárquicos, compañeros de trabajo y clientes de la empresa”, “Conservar y mantener en reserva toda la información a que pueda llegar a tener conocimiento en desarrollo del cargo que desempeña a favor del empleador, y en especial la información relativa a los clientes del empleador, utilizando a su máximo esfuerzo para salvaguardar tal información, protegiéndola contra la divulgación, uso incorrecto, espionaje, pérdida y/o hurto, so pena de constituir incumplimiento a sus obligaciones e incurrir en las sanciones penales y civiles a que haya lugar”.*

Así las cosas, la propia regulación de las normas laborales en sus artículos 55 y 56 del Código Sustantivo de Trabajo, le da al empleador la posibilidad de reforzar la tutela en comento, desde las cláusulas obligaciones del contrato de trabajo, como efectivamente lo hizo BRINKS S.A., siendo la atadura subordinada a una vinculación, a través de la cual, quienes la suscriben se obligan a lo que en ella se conviene, así como

también, a ejecutar lo de que ella se derive con lealtad y fidelidad, es lógico que no escape de su órbita de regulación, la imposición de obligaciones de abstención o reserva en todo momento, como la prohibición de exponer información que el empleador considere secreta, así como tampoco, la posibilidad de que una infracción a ese deber, se considere una falta grave que dé lugar a la finalización del vínculo, como así lo previó la pasiva.

Lo anterior, porque el empleador como titular de ese bien intangible, está legítimamente facultado, por ser quien tiene la capacidad de disposición sobre estos y el poder de subordinación respecto de su trabajador, para exigirle a éste, en los términos de la normativa en cita, un comportamiento transparente y leal, pero, en específico, uno prudente y diligente, con el uso de la información con la que debe operar al tratarse de una actividad de alto riesgo, por la cantidad de dinero que transportan en cada operación.

Así las cosas, dentro de los lineamientos contractuales, puede el trabajador estar sometido a una reserva más cautelosa y protocolaria de los bienes inmateriales que pertenecen al empleador y, comprometer su responsabilidad, a tal punto, que la violación a aquella, implique vulneración de los deberes y obligaciones de esa naturaleza y, consecuencia de ello, justifique en los términos del literal a) numeral 6° del artículo 62 del CST y demás normas citadas, la finalización del contrato.

Todo lo previo, sin necesidad de que, para el efecto, según se halla convenido, se requiera acreditar la intención de causar daño a la empresa, la ocurrencia de un perjuicio a esta o la posibilidad de que el trabajador derive provecho, por cuanto, se insiste, este escenario es uno autónomo y diferente de los de carácter comercial o penal, desde los cuales se someten a esas condiciones.

Efectivamente, respecto de un incumplimiento contractual como el que se comenta, basta la demostración de un acto negligente o imprudente

del trabajador en el manejo de la información que no le pertenece, pero que, por virtud de la atadura, se le transfirió y con respecto de la cual, se le impuso el deber de actuar con reserva, esto es, con extremo celo, máxime ante la actividad de alto riesgo que ejecuta al transportar altas sumas de dinero, y que sus comentarios claramente alentaría la comisión de actos delictivos, pues textualmente señaló lo siguiente:

“Las cámaras de los CB no servían en ese momento, qué culé de liga, culpando a estos manes que las tulas las llevaban afuera del cofre cinco, no la llevaban afuera es el aporte que da el grandioso allá, el aporte que da, tratando de culpar lo que más pueda a estos manes, ojos muchachos marica ojo lo que les digo. Yo sí quisiera que todos alzáramos la mano, todo hiciéramos al menos una no huelga no vamos a quemar ni nada o si hay que quemar quema, pero en son de paz, pero levantar las manos y salí hoy no vamos a trabajar, hoy no vamos a trabajar mi hermano que se venga lo que tenga que venirse tenemos que apoyarlos los muchachos, hoy no vamos a trabajar, listo nadie va a trabajar, que nadie va a trabajar hasta que aclaren los hechos de las cámaras que no sirven, cómo así, eso no se ve esos camiones de valores no están apto para salir, loco gente antigua gente nueva necesitamos que nos apoyen marica”.

Ahora, aunque esta información enviada a través de WhatsApp a varios trabajadores y un grupo dentro de la aplicación, no significa que el trabajador demandante lo hubiera realizado para detrimento de la empresa, sino se reprocha su actuar descuidado frente a la inequívoca obligación de guardar absoluta reserva respecto a temas de seguridad, modelos y forma de operar, relevando la existencia de que las cámaras de seguridad no servían, sin embargo, como lo manifestó el Juez de instancia dentro del proceso no se demostró que las cámaras que hacía alusión en el audio efectivamente no servían, quedando en simples afirmaciones sin comprobación.

Para la Sala este escenario de transmisión de información reservada a través de una aplicación de mensajería instantánea fuera de la órbita de vigilancia y protección autorizada por el empleador, justifica la terminación unilateral del contrato de trabajo, en tanto la exposición de esos datos en

la forma que lo hizo, significaba una amenaza concreta a la operación normal de sus actividades cuyos términos, condiciones y características de ninguna manera podía hacer visible estar al eventual escrutinio de terceros, ni tampoco es admisible que justifique su actuar por una intoxicación de alcohol, que de igual forma dentro del plenario no se probó.

Por lo tanto, frente a dicha inconformidad el cargo no prospera.

Frente a la glosa formulada por la parte demandante en lo referente a la transgresión del debido proceso. De entrada, debe señalarse que el Juez de piso no incurrió en los errores fácticos y jurídicos en la medida que, de un análisis objetivo de la prueba producida en juicio, se observa que la pasiva no vulneró el derecho al debido proceso o defensa del actor, pues no tenía previsto un procedimiento para despedir o un conjunto de normas que obligaran al empleador a surtir un procedimiento previo.

Es de señalar inicialmente, que en el contrato de trabajo en ninguna de sus cláusulas se estipula que sea necesario la realización de un proceso disciplinario para despedir al demandante y en el Reglamento Interno de Trabajo que aparece también en el expediente a págs. 159 a 217 archivo 10 del expediente digital, concretamente en el capítulo XVIII denominado procedimiento para comprobación de faltas y aplicación de las sanciones disciplinarias, no se establece la obligatoriedad de realizar el proceso disciplinario previo al despido cuando existe justa causa.

Sobre dicho asunto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia del 10 de febrero de 2021, con radicación 76197 SL496-2021 con Ponencia del Magistrado OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR, explicó:

“En este orden de ideas, es claro que conforme las reglas jurisprudenciales precisadas por la Corporación, el despido no

tiene una función ni un carácter sancionatorio o disciplinario, pues se trata de un recurso legítimo al alcance del empleador, sujeto al marco y a los límites legales y constitucionales, y que en todo caso no está exento del cumplimiento del derecho del debido proceso y defensa en la medida que presuponga un procedimiento judicial o administrativo previos.

Cabe destacar que el contrato de trabajo puede llegar a su fin por diferentes razones; bien porque mutuamente lo acuerdan las partes o bien por la decisión unilateral de alguna de ellas con justa o sin justa causa (CSJ SL 1381 –2016). En este último evento, tanto empleador como trabajador tienen la obligación de manifestar a la otra parte, la causal o motivo de esa determinación, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales distintas (CSJ SL 14877-2016).

Con sujeción a las anteriores consideraciones a juicio de la Sala no se presenta una interpretación errónea de las normas invocadas en la sentencia. Primero, porque se puede concluir que, en efecto, la segunda instancia mencionó el artículo [sic]1542 del CC (condición resolutoria tácita), haciendo alusión al artículo 1546, no obstante se encuentra que la motivación del Tribunal no atendió de manera exclusiva a dicha norma, sino a la potestad que tiene el empleador de dar por terminado de manera unilateral una relación laboral en virtud de existir una justa causa, haciendo especial claridad que estos eventos se diferencian de lo que constituye una sanción disciplinaria.

Segundo, la exégesis que hiciera el Tribunal tuvo fundamento en la jurisprudencia de la Corporación que fija como regla que el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario y, en esa medida se velará por el respeto del derecho del debido proceso y defensa. Por tales razones el cargo no tiene la posibilidad de derruir la sentencia de segundo grado.

Alcance de la sentencia CC C-593-2014

Ahora, como quiera que la censura ataca la no aplicación de la sentencia CC C-593-2014, considera la Sala que conviene precisar cuál es el alcance de dicha providencia.

Señala la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 115 del CST que, al interpretar la norma acorde con los postulados que rigen el debido proceso, este se aplica no solo a las actuaciones judiciales y administrativas del Estado, sino también cuando se haga uso de la «facultad disciplinaria» la cual

se define como la «prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos para mantener el orden al interior de las organizaciones privadas».

Advierte la sentencia que esto hace indispensable que se regule en los reglamentos internos de trabajo las formas o parámetros mínimos que delimiten el uso del poder sancionatorio, de tal manera que se permita conocer a los trabajadores tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción y el procedimiento.

Es así como se requiere que toda sanción impuesta por el empleador debe estar previamente consagrada en el reglamento y debe ser resultado de un proceso en el que se haya oído previamente al trabajador, en el cual se le haya permitido presentar pruebas y controvertir las que existiesen en su contra, su revisión la proporcionalidad y la razonabilidad en la imposición de la sanción.

Así las cosas, se tiene que el alcance fijado por la Corte Constitucional y las precisiones allí efectuadas se circunscriben específicamente a la facultad disciplinaria del empleador. De tal manera que dicha decisión resulta aplicable cuando el empleador tramite un proceso disciplinario o imponga una sanción de tal naturaleza. La norma objeto de análisis no se encuentra prevista para el despido que de manera unilateral efectúe el empleador.

En el caso que se examina es claro entonces que el Tribunal siguió los postulados que conforme la jurisprudencia de la Corporación se han precisado respecto de la diferencia entre lo que constituye un despido y una falta disciplinaria, motivo por lo cual de manera acertada concluyó que no es aplicable la sentencia CC C-593-2014, en la medida en que el demandante fue despedido de la empresa sin que esto ocurriera en virtud de un proceso disciplinario o fuera fruto de una sanción disciplinaria, por tanto, no se encontraba obligado a cumplir en sentido estricto algún procedimiento en específico para tomar la decisión de desvincular al trabajador. En consecuencia, no incurrió el Tribunal en el dislate endilgado por la acusación, al no haber instrumentado la sentencia citada”.

Así mismo, frente a la obligatoriedad de señalar en la citación a la diligencia de descargos las faltas cometidas, el numeral 2 del artículo 75 del Reglamento Interno de Trabajo, establece la obligación de notificar al trabajador la apertura del proceso indicándole los hechos o conductas que

lo motivaron y las presuntas faltas, incumplimientos u omisiones de los deberes y obligaciones, sin embargo, lo contempla para los casos de aplicar una sanción disciplinaria pero no como requisito previo al despido.

Ahora bien, el artículo 115 del C.S.T. señala el procedimiento para aplicar una sanción disciplinaria por parte del empleador, estableciendo la oportunidad del trabajador de ser oído, procedimiento objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-593-2014, sin embargo, en ella se limitó a precisar la facultad disciplinaria del empleador, por manera que es aplicable en los casos en que se trata de procesos de esa naturaleza, pero no en los previstos para el despido que de manera unilateral efectuó el empleador.

Así las cosas, todo lo anterior es suficiente para concluir que la accionada no vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa, pues en la medida en que el que el patrono citó a descargos y escuchó la versión de los hechos que hizo el trabajador, le garantizó el componente mínimo del derecho de defensa, tal cual lo definió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2351-2020:

“En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van a ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

“La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la

decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo², es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica. En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa”.

Así las cosas, no procede tampoco la inconformidad del demandante frente a dicho punto. En consecuencia, se confirmará íntegramente la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones del ex trabajador Emerson Eduardo Collazo García. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, a favor de la demanda.

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

RESUELVE:

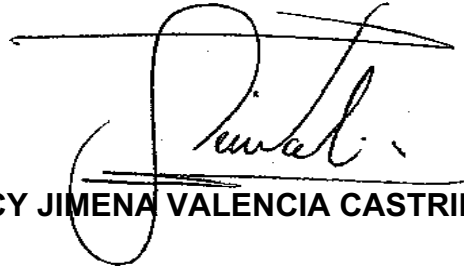
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 4 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Vientres (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

² Ver el Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, párrafos 148 y 149, 1995, en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf) , recuperado el 26 de marzo de 2020.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, a favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

5REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001310502520180030201
DEMANDANTE:	NANCY GALLARDO SÁNCHEZ
DEMANDADO:	GIMNASIO SANTANA DEL NORTE S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 4 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Contrato
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 4 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **NANCY GALLARDO SÁNCHEZ** contra **GIMNASIO SANTANA DEL NORTE S.A.S.** con radicado No. **11.001.31.05.025.2018.00302.01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La demandante pretende se declare la existencia de un contrato a término indefinido, de igual forma que se declare que laboró en el cargo de docente por más de 22 años y como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada al pago de perjuicios morales por la terminación unilateral del contrato, al reajuste salarial y prestacional por el tiempo en que fue interrumpido el contrato, al pago de beneficios extralegales, a la indemnización plena de perjuicios, a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la actora que suscribió contrato a término fijo desde febrero de 1995 el cual finalizó en noviembre de 2017, que fue contratada para prestar los servicios como docente. Señaló que, durante los 22 años de servicio a la demandada, los aportes a pensión fueron realizados a través del señor Manuel Esteymender Aranza. Que, al finalizar cada contrato era llamada a firmar un “precontrato” con el fin de tener certeza laboral para el otro año, lo que evidenciaba una subordinación durante el tiempo cesante hasta el inicio del nuevo contrato.

Manifestó que luego de la terminación unilateral, verificó las semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y encontró una serie de inconsistencias con relación a las semanas cotizadas, por tanto, elevó un derecho de petición con fecha del 22 de enero de 2018, con el fin de aclarar dichos errores. Que Colpensiones le reconoció una indemnización sustitutiva por un valor irrisorio atendiendo a las irregularidades en las cotizaciones efectuadas por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ²

La entidad demandada **GIMNASIO SANTANA DEL NORTE S.A.S.**, expresó oposición frente a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena deprecadas en la demanda, toda vez, que no existió una única relación laboral y

¹ Pág. 1-15 expediente escaneado.

² Pág. 162 a 191 proceso escaneado.

mucho menos esta tuvo connotación de indefinida desde febrero de 1995. Adujo, que la relación laboral inició solo hasta febrero del año 2003 y mediante catorce (14) contratos de trabajo a término fijo y que durante la vigencia de todos los contratos independientes se cancelaron todos los salarios y aportes al sistema de seguridad social integral, por lo que tampoco habría lugar al pago prestaciones sociales y salarios de estos.

Frente a los hechos, en síntesis, manifestó su inconformidad con la gran mayoría, al expresar que en primer lugar los 14 contratos celebrados con la actora fueron a término fijo con duración inferior a 1 año, también adujo que era imposible que la demandante llevara 22 años laborando para la entidad, pues dicha institución fue constituida el 17 de febrero de 2003, por lo que no era posible estar afiliada laboralmente en un periodo previo a este. Adujo, que la actora no podía ser considerada docente, pues la misma estuvo a cuidado de niños en salacuna, guardería, caminadores, pre párvulos, razón por la cual se desempeñó en el cargo de técnica en el cuidado de bebés.

También señaló que no era cierto que la entidad celebrará precontratos con sus trabajadores, y que además en todo caso, la suscripción de dichos precontratos no genera consecuencias jurídicas, sino a partir de la suscripción del contrato real de trabajo. Por último, manifestó que respecto a la terminación unilateral del contrato laboral esta se dio por expiración del plazo fijo pactado.

Propuso como excepción previa la que denominó: prescripción de derechos laborales. Formuló como excepciones de fondo las que nombró; cobro de lo no debido, no satisfacción de la carga de la prueba, no se prueba el supuesto de hecho de las pretensiones, compensación aportes a pensión, compensación salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, buena fe, prescripción de derechos laborales, y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de mayo de 2023, absolvió de todas las pretensiones a la entidad demandada. No condenó en costas en la instancia.

Como fundamento de su decisión, en primera medida optó por hacer la respectiva valoración probatoria que reposaba en el plenario. Adujó que respecto a la existencia de la relación laboral se tiene que las pruebas documentales demuestran fehacientemente que si hubo una relación laboral, pero la modalidad contractual fue mediante contratos escritos a término fijo inferior a un año, por lo tanto según el artículo 46 del CST y el material probatorio aportado por la actora y la entidad recurrida, el Despachó decidió que no se encuentran elementos de juicio para declarar una sola relación a término indefinido como lo pretendía la demandante, toda vez, que quedó demostrado que suscribió 14 contratos a término fijo inferior a un año desde el 1 de febrero de 2003 hasta el 18 de noviembre de 2016, pues no se observó ni una sola prórroga y en cada uno de los contratos a término fijo le fue notificado el preaviso, siendo independientes, autónomos y ajustados a la ley.

De otro lado, quedó en evidencia que la actora tuvo otros empleadores desde 1995 hasta el 31 de marzo de 2003, los cuales no fueron convocados, por lo que se desconoce la relación legal o fáctica.

En cuanto a la terminación del contrato laboral, señaló que al estar demostrado que la actora para el año 2017 tuvo un vínculo laboral para prestar sus servicios con la entidad convocada por intermedio de una empresa de servicios temporales y esta entidad no hace parte del proceso, situación que fuere aceptado por la actora al momento de absolver interrogatorio de parte, por ello no hay lugar de pronunciarse sobre dicho punto. Que si en gracia de discusión, se revisará la terminación para el año 2016, dicho contrato finalizó por vencimiento del plazo pactado.

Respecto al punto de la estabilidad reforzada que señaló la demandante bajo la figura de pre-pensionada, indicó que, conforme a los múltiples pronunciamientos de la CSJ, la demandante no cumple con los requisitos para estar en la etapa de

pre-pensionada, pues para los años 2016 o 2017 no se encontraba a menos de 3 años para completar el mínimo de las semanas para optar por una pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida, argumentó que si bien es cierto no existieron pruebas documentales y testimoniales que acreditaran la relación laboral entre las partes, durante el periodo de febrero de 1995 hasta enero de 2003, si se allegó reporte de semanas donde se evidencia que existió un contrato de trabajo con la demandada que en su momento no estaba constituida legalmente. Agregó que, al no declararse la relación laboral durante el interregno señalado, repercute ostensiblemente en los derechos pensionales de la demandante. Por último, que al declararse la relación laboral durante los extremos temporales referidos se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa y demás acreencias laborales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

El primer problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer; si el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones refleja la prestación personal del servicio de la demandante por el periodo comprendido entre el mes de febrero de 1995 al año 2003, y en consecuencia procede las condenas por prestaciones sociales, salarios e indemnización rogada.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

En ese sentido, conviene recordar que al tenor de lo establecido en el artículo 23 CST, para predicar la existencia de un contrato de trabajo, deben confluír los tres elementos que le son esenciales: I) La prestación efectiva del servicio. II) La continuada subordinación y dependencia, y III) un salario como contraprestación. Sin embargo, en relación con el segundo de los elementos referidos, esto es la subordinación, que es el elemento que distingue el contrato de trabajo de otros de tipo civil o comercial, el artículo 24 del mismo estatuto sustantivo laboral, consagra que una vez el trabajador demuestre que prestó personalmente el servicio en favor de quien señala como empleador, pasa a presumirse que dicha prestación está gobernada por un contrato laboral, es decir, que existió subordinación. No obstante, al tratarse de una presunción legal, esta puede ser infirmada por el demandado, incluso por las propias pruebas del demandante.

Por ello, es necesario tener en cuenta que es principio procesal, el deber de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen. Este principio conocido como carga de la prueba, se encuentra consagrado en el artículo 167 del CGP, y no es ajeno al derecho laboral, pues en quien alega una condición jurídica de tipo laboral, que para el caso es la existencia de contrato de trabajo, recae el peso de aportar al proceso los medios de convicción que le permitan al Juez Laboral decidir la declaratoria del mismo, lo que equivale a demostrar la presencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, sin perjuicio de la presunción favorable de la relación laboral consagrada en el artículo 24 del CST, **es decir, la carga probatoria inicial recae sobre el primero de los elementos, la prestación personal del servicio y los extremos en que se desarrolló.**

Cabe destacar, que en un proceso judicial, los Jueces están llamados a fundar válidamente su decisión, en aquellos elementos probatorios que les merezcan mayor persuasión, y credibilidad, artículo 61 del C. P. del T. y de la S.S., conforme a la cual sus inferencias se encuentran amparadas por la presunción de legalidad mientras sean lógicas y aceptables; como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 13 de noviembre de 2003 radicado 21478, reiterada en las posteriores del 2 de agosto de 2007, y 6 de noviembre de 2008, a los radicados 30368 y 33786, respectivamente, en las que insistió en la libertad de apreciación de las pruebas que tienen los juzgadores en virtud de lo establecido por el art. 61 del C.P. del T., el entendimiento que estos le den a aquellas nace de la autonomía e independencia de que gozan y de la facultad de formar libremente su convencimiento con base en el principio de la sana crítica.

En el caso, para estudiar si la accionante logró acreditar la prestación personal del servicio de manera subordinada para la demandada **GIMNASIO SANTANA DEL NORTE** para el periodo entre el mes de febrero de 1995 y el mes de enero del año 2003, se procede al análisis de la documental aducida como erróneamente mal valorada.

En sub examine, en la página 80 del expediente escaneado se advierte reporte de semanas cotizadas por parte de Colpensiones, donde se evidencia que la actora durante el periodo del mes de 1 de junio de 1995 al 31 de diciembre de 1995 cotizó a través de Manuel Esteymender, del interregno del 1 de febrero de 1996 al 31 de marzo de 1996 a través del Gimnasio Santana del Norte, por el periodo del 1 de mayo 1995 al 30 de noviembre de 1999 por intermedio de Alexander Santana y del 1 de febrero de 2000 al 31 de marzo del 2003 a través de Jackeline Santana, tal como se ilustra a continuación:

79424098	MANUEL ESTEYMENDER A	01/06/1995	31/10/1995	\$160.000
39735775	GIMNASIO SANTANA DEL	01/02/1996	29/02/1996	\$90.000
39735775	GIMNASIO SANTANA DEL	01/03/1996	31/03/1996	\$180.000
80384299	ALEXANDRA SANTANA GA	01/05/1996	31/10/1996	\$180.000
80384299	ALEXANDER SANTANA GA	01/11/1996	30/11/1996	\$48.000
80384299	ALEXANDER SANTANA GA	01/03/1997	31/03/1997	\$259.000
80384299	ALEXANDER SANTANA GA	01/04/1997	30/04/1997	\$34.000
80384299	ALEXANDER SANTANA	01/05/1997	30/11/1997	\$172.000
80384299	ALEXANDER SANTANA	01/03/1998	31/10/1998	\$204.000
80384299	ALEXANDER SANTANA	01/11/1998	30/11/1998	\$203.000
80384299	ALEXANDER SANTANA	01/03/1999	31/03/1999	\$236.460
80384299	ALEXANDER SANTANA	01/04/1999	30/04/1999	\$236.500
80384299	ALEXANDER SANTANA	01/05/1999	30/11/1999	\$236.460
39735775	JACKELINE SANTANA	01/02/2000	30/11/2000	\$260.500
39735775	JACKELINE SANTANA GA	01/03/2001	30/11/2001	\$286.000
39735775	JACKELINE SANTANA	01/04/2002	30/04/2002	\$309.000
39735775	JACKELINE SANTANA GA	01/02/2003	31/03/2003	\$332.000

Ahora bien, por el solo hecho que aparezca la pasiva como tercero quien realizó aportes o los posibles dueños de la sociedad como adujo en el escrito inaugural no es prueba suficiente para probar la existencia del contrato de trabajo ni tampoco la calidad en que prestó sus servicios, pues las circunstancias que puedan rodear la afiliación a Colpensiones y el pago de aportes no siempre corresponde a las realidades fácticas, criterio anterior que desde tiempo pretéritos ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A cita de ejemplo véase las sentencias SL1224-2023 y la SL 4697-2021, radicación 76444, en uno de sus apartes señaló:

“Lo expuesto hasta aquí resulta relevante en la medida que el fallador plural fundó su decisión fundamentalmente en los dichos de los señores Ubaldo de la Rosa Baquero y Pedro Ángel Arrázola y, se debe decir desde ya, que la censura no logra demostrar un error de hecho relevante en la valoración de alguno de los medios de convicción hábiles, para poder derruir la sentencia que llega adosada de la presunción de acierto y legalidad, como pasa a explicarse al analizar las pruebas denunciadas por la censura como dejadas de apreciar o equivocadamente valoradas.

En efecto, de la historia laboral expedida por Colpensiones, que la censura aduce no fue analizada, no puede derivarse equívoco del sentenciador, no solamente porque dicha prueba no es apta en sede extraordinaria -debido a que el ISS no es parte del proceso- sino también porque de tiempo atrás se ha establecido que aquella tan solo acredita los aportes del trabajador al sistema de seguridad social y, por lo mismo, no demuestra la existencia de una relación laboral o la ausencia de esta en un determinado tiempo. Así mismo porque resulta por lo menos una confusión, asegurar que aquella

documental demuestra la prestación de servicios por parte del actor a favor del consorcio prosperar, ya que figura que aquel le realizó aportes; pues con dicha tesis se desconoce que aquel corresponde al fondo de solidaridad pensional creado para subsidiar a una parte de la población imposibilitada de hacer los aportes pensionales.

Así mismo, cumple precisar que quien concurre a la jurisdicción para que se le declare un derecho y se imponga una condena, sabe que la decisión judicial debe estar fundada en pruebas regular y oportunamente adosadas al proceso, siendo entonces del resorte de las partes demostrar los hechos que sirven de base al derecho invocado, tal como lo prescribe el artículo 167 del CGP, aplicable al rito laboral en virtud del principio de integración normativa del artículo 145 del CPTSS y en tratándose del trabajador es bien sabido que le corresponde además de demostrar la prestación personal del servicio, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido, entre otros. (Sobre este particular véase la sentencia del 24 abr. 2012, rad. 41890, reiterada en la del 4 de nov. 2015. rad. 16110, M.P. GUSTAVO HERNÁNDO LÓPEZ ALGARRA).

En síntesis, no se equivocó el Juez de instancia, al concluir que la aludida documental no es prueba suficiente para declarar la existencia del contrato de trabajo durante el periodo de febrero de 1995 al año de 2003, por tanto, no hay razón para analizar los demás pedimentos de la accionante, pues estos dependían de dicha declaración.

En síntesis, la parte demandante no acreditó por lo menos la real y efectiva prestación personal del servicio para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T y por sustracción de materia al no acreditarse la existencia de un contrato de trabajo por el tiempo solicitado, no hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa reclamada y el pago de las demás acreencias laborales rogadas. (SL672-2023). Lleva lo atrás dicho a que la decisión absolutoria de primera instancia sea acertada, pues en parte alguna se evidencia prueba de la relación contractual laboral que se enuncia por el periodo referido.

En consecuencia, se confirmará por su acierto la decisión de primer grado y se impondrán costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente vencida. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV.

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

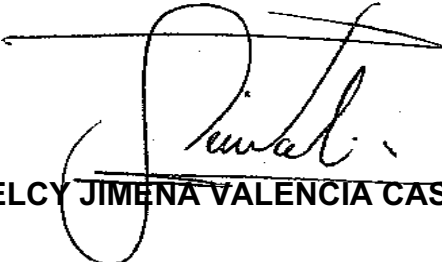
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 4 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada