

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN PABLO BARRERA FAJARDO CONTRA TRANSMASIVO S.A. (RAD. 02 2018 00423 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de octubre de 2019 (Cd a folio 1083, record 19:53 y acta a folio 1084) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada TRANSMASIVO S.A., representada legalmente por el Señor ELVER AUGUSTO LUGO VARGAS, o quien haga sus veces, de todas las suplicas de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** a la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a medio SMLMV.*

***TERCERO:** por ser la sentencia totalmente adversa a las pretensiones del demandante y si no fuera apelado **CONSÚLTESE** con el superior. ”*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primer grado, aduciendo la existencia de 622.60 horas extras las cuales fueron detalladas y relacionadas una a una y con las cuales se superan el horario laboral del actor, refiriendo el

accionante tenía dos turnos establecidos, uno de 6 de la mañana a 9 de la noche y otro de 10 de la noche a 6 de la mañana.

Asegura que las horas adicionales que fueron relacionadas también guardan su sustento, no solamente por los informes que debía entregar el señor Barrera, al finalizar su correspondiente turno, el cual, le demandaba un tiempo adicional para generar un empalme con el siguiente turno de entrada, sino con los correos electrónicos a través de los cuales enviaba los reportes y las distintas capacitaciones de carácter obligatorio, que también excedieron la jornada laboral del demandante.

Aunado a lo anterior expresa que el testimonio de la persona que sigue activo con la accionada, refiere que el demandante si le menciono sobre la causación de unas horas extras, no obstante éste nunca le mencionó ni le indicó cual era el procedimiento para tal fin, para poderlas tramitar o gestionar.

Finalmente indica que la empresa diariamente tenía conocimiento que el señor Juan Pablo Barrera, más allá de su turno destinaba tiempo en realizar funciones propias de la empresa, y en ningún momento generó un llamado de atención sobre tal concepto, es decir, que tácitamente permitió que trabajara este tiempo suplementario¹ (Cd. fol. 1083, record: 20:32)

¹ “Gracias su señoría, si en aras de que no estamos de acuerdo en el sentido de la sentencia proferida dentro del presente proceso, procedo a interponer el respectivo recurso de apelación, y procederé a sustentarlo como es debido:

Señora Juez, si bien es cierto, dentro del escrito de la demanda se le solicitó el reconocimiento de 622,60 horas extras, las cuales efectivamente fueron detalladas y relacionadas una a una, y de las cuales, superan al horario como tal y laboral, que debía desempeñar mi prohijado como quiera que estos dos turnos, quiero dejar la claridad, comprendían, el primero de ellos desde las 6 de la mañana a las 9 de la noche, y el otro turno alternativo era de 10 de la noche a 6 de la mañana.

Claras así las cosas, se tiene que las horas adicionales que fueron relacionadas también guardan su sustento, no solamente por los informes que debía entregar el Señor Barrera, al finalizar su correspondiente turno, el cual, le demanda un tiempo adicional para generar un empalme con el siguiente turno de entrada. Adicionalmente a ello, tenemos como soporte los correos electrónicos a través de los cuales enviaba los reportes, así como también las distintas capacitaciones de carácter obligatorio, que también excedieron la jornada laboral de mí prohijado.

Téngase claro que el cargo desempeñado por el Señor Juan Pablo Barrera, no correspondía tampoco a las descritas en el artículo 32 del CST, y por tanto, la jornada laboral tampoco era flexible, a pesar de que en el contrato firmado con la empresa decía esto, pero en la realidad realmente superaba y excedía las 36 horas semanales, esto es las 6 horas diarias.

Así mismo, su señoría me permito traer a colación los testimonios que fueron surtidos en la etapa probatoria, en los cuales, si bien es cierto, se estableció que por las características propias del cargo desempeñadas por Juan Pablo Barrera, era necesario, estas actividades adicionales, en esto quedo claridad que debían destinar tiempo más allá de la jornada laboral para hacer estos informes.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN PABLO BARRERA FAJARDO en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folios 587 y 588, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 588 a 613, aspirando de manera principal, se declare la existencia de un contrato a término fijo entre el 4 de diciembre de 2013 al 3 de diciembre del 2014, el cual fue renovado sucesivamente, siendo terminado por el empleador sin justa causa el 31 de octubre del 2016, como también que en la ejecución del contrato solo se tramito una jornada ordinaria de acuerdo al primer inciso del artículo 161 del C.S.T., por lo que se ha de declarar que trabajó 622,60 horas extras diurnas entre el 4 de diciembre del 2013 y el 31 de octubre del 2016, en consecuencia se condene al pago de \$10.869.626 por concepto de horas extras, así como la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, primas legales de servicio, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización por despido sin justa causa en virtud del reconocimiento de las horas extras, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar la *a quo* que no se había logrado demostrar el trabajo suplementario realizado por el actor al servicio de la demandada que diera lugar al pago de horas extras y a la reliquidación de las prestaciones que le fueron canceladas.

Así mismo, dentro de los testimonios se aceptó por parte del trabajador de la empresa que sigue activo, en el cual menciona que si bien es cierto, el Señor Juan Pablo Barrera, si le mencionó a esta persona encargada de llevar la relación de las horas extras, que se habían causado unas horas sobre tal fin, y no obstante, no le indicó cual era el procedimiento para tal fin, para poderlas gestionar o tramitar como así lo expresó, pero si tuvo conocimiento.

Adicional a ello, también era una conducta repetitiva, reiterativa, diariamente la empresa tenía conocimiento que el Señor Juan Pablo Barrera, más allá de su turno destinaba tiempo en realizar funciones propias de la empresa, y en ningún momento generó un llamado de atención sobre tal concepto, es decir, que tácitamente permitió, que el Señor Juan Pablo Barrera, trabajara este tiempo suplementario, por tanto, su señoría solicito que pues en segunda instancia sea reconsiderada esta decisión como quiera que el Señor Juan Pablo Barrera, tiene una hoja de vida intachable en este momento, en la prestación de los servicios con la empresa y como tal merece el reconocimiento de sus derechos laborales, y el pago no solamente de las horas extras sino de la reliquidación de todas las demás prestaciones sociales, sumas que también deberán ser indexadas, gracias.”

Establecido lo anterior, advierte la Sala, en el caso de marras no se discute, que la relación vivida entre las partes, se rigió por un contrato de trabajo a término fijo, el cual se desarrolló durante el lapso comprendido entre el 4 de diciembre del 2013 y el 31 de octubre del 2016, aspecto que además de haber sido declarado por la *a quo* sin que fuera objeto de apelación, se puede constatar con la documental visible a folios 1 a 4, 8, 9 y 576.

Pues bien, bajo las premisas señaladas, la Sala entrará a determinar si al trabajador se le adeuda suma alguna por concepto de horas extras y en consecuencia, si resulta procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social pagados a su favor, para lo cual, en virtud de las manifestaciones de la alzada es menester, traer a colación de la prueba recaudada en autos así:

- Fls. 10 a 496 diversos correos electrónicos enviados por el demandante desde su correo institucional a personal de la accionada (*no desconocidos por esta*), con asuntos como: Empalme de carrocería, marcos de tapas de inspección, golpe, novedades, trabajos para carrocería, empalme de turno día, buses para programación, repuestos, daños a buses, logo SITP mal instalado, empalme turno de noche, autorizaciones para entrega de materiales, solicitudes, trabajos de pintura externa, entre otras.
- Fls. 497 a 549 correos electrónicos por medio de los cuales se le hicieron citaciones al accionante para comités y reuniones.
- Fls. 550 a 561 formatos actas de reunión.
- Fls. 562 a 575 correos electrónicos a través de los cuales la accionada convocaba a reuniones al actor y a otros trabajadores.

Se recibió igualmente el interrogatorio de parte de la representante legal de la accionada (Cd. fl. 1081, record: 25:46) y del demandante (Cd. fl. 1081, record: 37:43).

La primera de ellas refirió que dentro de las funciones del accionante se encontraba la de entregar un informe final de turno, el cual debía realizarlo a través del correo electrónico y dentro de su jornada laboral, precisando que la accionada tiene establecidos turnos de trabajo desde las 6am hasta las 10pm,

dado que el servicio que prestan es relacionado con el servicio de transporte con una flota de Transmilenio, el cual nunca para, advirtiendo que el reglamento interno de trabajo establece como política de horas extras, que deben estar autorizadas por el jefe inmediato para poderse quedar más tiempo desarrollando sus labores y que si el actor lo hizo fue por mera liberalidad.

El demandante por su parte refirió que si conocía el reglamento de trabajo publicado para la fecha de su vinculación sin que existieran políticas para el pago de horas extras, aduciendo que su jefe inmediato si tenía claridad de la hora en que entraba y salía de trabajar, no obstante le decía que no tenía derecho al pago de horas extras, expresando que dentro de sus funciones estaba la de presentar informes de entrega de turnos al finalizar el mismo, manifestando que si habían novedades después del turno debían reportarse lo que hacía que no pudiera salir a la hora en que finalizaba el turno.

Igualmente fueron escuchadas las declaraciones de los testigos WILLIAM ANTONIO JAIMES JAIMES (Cd. fl. 1081, record: 50:43) y JUAN CAMILO SANCHEZ VARGAS (Cd. fl. 1081, record: 1: 07:28), el primero refirió haber conocido al demandante porque fue su coordinador tutor, no obstante no refirió el periodo durante el cual trabajo con este, sin embargo y en punto al objeto de debate comentó que los coordinadores de mantenimiento debían realizar un informe de empalme que se hacía después de que se entregara el ultimo bus a trasmilenio, el cual era elaborado en un computador ubicado en una oficina de la sede del portal de suba, igualmente señaló que tenían reuniones con hora de inicio 8am y de finalización 11am, afirmando que al demandante nunca le pagaron horas extras y que si bien el reglamento interno de trabajo decía que se debían reportar las horas extras, el jefe inmediato nunca las pago.

Juan Camilo Sánchez (Asistente de Mantenimiento de la accionada para el año 2013) informo que era quien legalizaba las horas extras para que se procediera a su pago, asegurando que para ello el personal le debía entregar un formato donde se establecía la fecha, la cantidad de horas extras causadas ese día y la firma del jefe inmediato que autorizaba las mismas, procedimiento que estaba establecido en el reglamento interno de trabajo. Igualmente refirió que el informe de empalme se debía realizar diariamente al finalizar el turno y que si bien el accionante en algún momento le pudo referir haber trabajado en horario adicional, este le indicó que debía tener la autorización del jefe inmediato.

Pues bien, del análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, a juicio de esta Sala de decisión, las horas extras reclamadas por el promotor del litigio, no se encuentran acreditadas, dado que si bien se pudo establecer que una de las funciones del accionante era la de realizar un informe diario de empalme de turno y asistir a reuniones programas por la accionada, lo cierto es que con las pruebas recaudadas (documental y testimonial) no se puede establecer con total certeza, en primer lugar los turnos que tuvo el accionante durante su vínculo contractual, es decir, si bien pudieron ser dos turnos uno de 6am a 9pm y otro de 9pm a 6am como se refiere en la apelación, no se sabe cuáles días y por cuanto tiempo estuvo en cada uno de ellos para poder de allí establecer si las horas en que fueron enviados los sendos correos aportados al expediente se realizaron dentro de algunos de esos turnos, igualmente se desconoce si entre la hora en que terminó el turno y la hora en que fueron enviados los correos se prestó efectivamente el servicio por parte del accionante, desconociendo la Sala si tales correos electrónicos quizás fueron enviados desde un acceso remoto y no dentro de las instalaciones donde el actor prestaba su servicio, esto es, a través de su celular o de un equipo de cómputo ubicado en su casa o en otro lugar, como tampoco se sabe cuántas horas había laborado en tales días para establecer si superaron o no la jornada máxima laboral de 48 horas a la semana.

Aunado a todo lo anterior, no obra prueba dentro del plenario que indique que la hora en que fueron enviados esos correos electrónicos fue la misma en que se obtuvo la última novedad del día que debía reportarse, como lo refiere el actor en su interrogatorio, como tampoco se conoce con precisión la hora en que se entregó el último bus a trasmilenio, de acuerdo a lo expuesto por el testigo Jaimes Jaimes, en cada uno de los días que refiere el accionante haber laborado horas extras, en aras de establecer el tiempo que pudo haber tardado el accionante en enviar el informe de empalme de turno, nótese además que no todos los correos electrónicos son relacionados con el informe de empalme, sino a otros temas relacionados con sus funciones propias como coordinador y en esa medida no podría establecerse que todo esos asuntos referidos en los citados e-mail fueron realizados con posterioridad a su jornada laboral, iterando esta Sala de decisión ni tan siquiera se conoce la programación de turnos a la que estuvo sometido el actor durante su relación contractual, para contrastar las horas en que fueron enviados los correos.

Igualmente no puede dejarse de lado, que la accionada emitió una CIRCULAR INTERNA el 17 de mayo del 2013 dirigida al personal técnico y administrativo del área de mantenimiento para el reporte de horas extras y recargos en donde señaló (fl. 825): *“La presente es con el fin de informar a todo el personal que a partir de la fecha, el reporte de las horas extras y recargos deberá llevarlo cada uno en un formato que se entregará en la oficina de Planeación de Mantenimiento; en el cual, debe quedar registrado el tiempo extra y/o recargo según la fecha en que se genere y este debe ser autorizado por el jefe inmediato (...)”*, situación que también se contempló en el contrato de trabajo suscrito por el actor en su CLAUSULA SEPTIMA cuando se estableció: *“EL EMPLEADOR, en consecuencia no reconocerá ningún trabajo suplementario, o trabajo nocturno o en días de descanso legalmente obligatorio que **no haya sido autorizado previamente o que habiendo sido avisado inmediatamente no haya sido aprobado como queda dicho**”* (fl. 3) y en esa medida se tiene que el trabajo extra que pudo haber desarrollado el accionante el que por demás no se encuentra acreditado dentro de esta Litis, no fue autorizado por su empleador, sin que pueda considerarse que el simple silencio de la demandada o la inadvertencia por la hora en que fueron remitidos los correos electrónicos pueda tenerse como la convalidación del trabajo "extra" realizado por el trabajador, porque ya se había pactado que la autorización solo se haría de manera expresa, por virtud del acuerdo de voluntades plasmado en el contrato de trabajo y porque, en todo caso, no se trató de actividades ajenas a suplementarias a la labor contratada pues hacia parte de la obligación que debía ser cumplida en su jornada laboral, aunado a que como ya se explicó se desconoce si dichos correos electrónicos fueron enviados dentro del turno de 6am a 9pm o en el de 9pm a 6am, pues los mismos tienen horas de envío que encuadran dentro de las dos franjas laborales.

Igual conclusión se tiene respecto de las reuniones a las que debía asistir el demandante, pues si bien se encuentran las citaciones a las mismas, no se prueba la asistencia a ellas, sumado a que la accionada aportó un listado de asistencias a capacitaciones y reuniones a folios 763 a 824 y 843 a 1054 y en tan solo una de ellas se acreditó la asistencia del actor (fl. 1020); no obstante dicha misiva solo cuenta con la hora, día y mes de realización, más no el año, por lo que la misma no tiene el alcance de acreditar las horas extras reclamadas.

Bajo las premisas anteriores, y conforme a las pruebas arrimadas, se itera, no se encuentran acreditadas las horas extras que se reclaman como dejadas de pagar

durante la vigencia del vínculo laboral con la traída a juicio, pues la única prueba tendiente a demostrar esa labor adicional fueron los correos electrónicos allegados con la demanda, sin que pueda ésta Sala de decisión con tan solo esta documental, proferir condena al respecto.

Téngase en cuenta la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador. En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado. Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 1149 del 25 de marzo del 2020 donde indicó:

“La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario, debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los días y las horas en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones, efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo.

Igualmente en sentencia SL 1225 del 2019 la Máxima Corporación refirió:

“Así pues, esta corporación ha señalado que para que se condene al pago de horas extras y trabajo suplementario debe probar el número de horas diarias laboradas, así como el de los dominicales y festivos, las mismas deben ser probadas por quien pretende su pago, es decir, deben encontrarse plenamente acreditados los siguientes supuestos:

(a) La permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal.

(b) La cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas.

(c) Las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido, deben estar dedicados a las labores propias del trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.”

Corolario de todo lo anterior, en el caso de marras, no se encuentra prueba contundente de las horas extras reclamadas, carga probatoria que como ya se indicó recae sobre la parte actora, y en esa medida, ante la ausencia de las pruebas que permitieran la acreditación de los supuestos facticos que soportaron las pretensiones, resulta inevitable la conclusión absoluta.

Así las cosas, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas y ante la orfandad probatoria advertida, se prohijará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

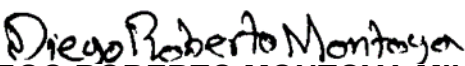
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

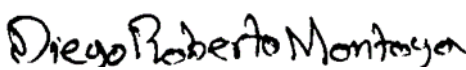
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUILLERMO PABON
GUTIERREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
–COLPENSIONES- y la AFP PORVENIR (RAD. 05 2018 00603 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte del demandante y de COLPENSIONES (fls. 147 y 149), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de febrero de 2020 (Cd. fl. 122, Record: 59:50), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación realizada por el señor GUILLERMO PABÓN GUTIÉRREZ a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVERNIR S.A. que traslade a COLPENSIONES los dineros con que cuenta el señor GUILLERMO PABÓN en su cuenta individual junto con rendimientos, intereses, frutos y gastos de administración y a COLPENSIONES, **RECIBIRLOS** y proceder a actualizar su historia laboral.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A únicamente, inclúyase como agencias en derecho la suma de suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSULTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación, señalando que dentro del proceso no se logró probar la existencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, ni se logró configurar ningún vicio que diera una nulidad absoluta, sea por objeto ilícito, causa ilícita u otro de los elementos que establecen la ley civil para que se configure la nulidad absoluta, indicando que tampoco se estableció dentro de la sentencia a qué tipo de nulidad se hacía referencia, si es nulidad absoluta o nulidad relativa.

Por otro lado expresa no haberse tenido en cuenta dentro de la sentencia el formulario de afiliación el cual no fue tachado de falso y tiene una manifestación de voluntad, por tanto esta prueba es suficiente para establecer si existió un deber de información pues la declaratoria que se consigna en el formulario no es ilegal.

También manifiesta que se desconoció el precedente de la Corte Constitucional que en sentencia C-1024 de 2004 declaró la exequibilidad de la prohibición de trasladarse faltándole 10 años en protección de la estabilidad financiera pues darle a los demandantes la posibilidad que se trasladen en cualquier momento podría afectar la estabilidad financiera del sistema y, en ese sentido, podrían afectarse los derechos de terceros y de personas afiliadas tanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, como en el régimen de prima media. (Cd. fl. 122, Record: 1:00:52)¹.

¹ “Señor juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho para que sea el Honorable Tribunal Superior de Bogotá quien decida revocar la sentencia proferida por el despacho.

En el sentido, me permito manifestar que, en primer lugar, dentro del proceso no se logró probar la existencia de algún vicio del consentimiento como fuese el error, la fuerza o el dolo, tampoco se logró configurar ningún vicio que diera una nulidad absoluta, sea por objeto ilícito, causa ilícita u otro de los elementos que establecen la ley civil para que se configure la nulidad absoluta. Tampoco se establece dentro de la sentencia a qué tipo de nulidad se hace referencia, si es nulidad absoluta o nulidad relativa, recordándose que se le está vedado a los juzgadores establecer de oficio la nulidad relativa, que es la que en este caso está declarando.

Tampoco se tuvo en cuenta dentro de la sentencia el formulario de afiliación, que insisto, no fue tachado de falso y tiene una manifestación de la voluntad, la cual, dentro del interrogatorio de parte, el hoy demandante aceptó que leyó y dice expresamente que “hago constar que realizo de forma libre espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente, el régimen de transición, bonos pensionales y la implicaciones de la decisión. Así mismo, he seleccionado a PORVENIR para que sea la única administradora de mis aportes pensionales, también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos, igualmente declaro que he sido informado sobre el derecho de retracto que me asiste de retractarme dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”. Por tanto, esta prueba es suficiente para establecer si existió un deber de información pues la declaración que se consigna en el formulario, que no es ilegal pues en las normas desde 1994, la ley permite estos formularios pre-impresos, formularios que también la Superintendencia Financiera aprobó en su momento en el 2001, ya estando aprobado, está absolutamente establecido la declaración de la voluntad y no se tachó de falso. Por tanto, el despacho no tomó en consideración esta prueba.

Referente a lo establecido en la sentencia sobre los precedentes judiciales, es importante manifestar que el Consejo de Estado en sentencia con radicado 2018-394 ha establecido una enorme diferencia entre lo que es

Por su parte COLPENSIONES apela el fallo de primer grado, expresando no poder recibir al accionante pues no tuvo injerencia alguna en el contrato que suscribió el demandante con la AFP PORVENIR, aunado a que el actor tuvo que trasladarse antes de entrar en la prohibición legal establecida en el artículo segundo de la ley 797 de 2003 y este no lo hizo, por lo tanto, con ello ratificó su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así mismo, aduce que el demandante cuando alude a las sentencias recientes de la Corte Suprema, se está refiriendo como si el caso de él fuera similar a estas sentencias, y estas solamente hacen alusión a personas beneficiarias del régimen de transición y que se les ha vulnerado su expectativa legítima, precisando COLPENSIONES no debe asumir los actos entre el demandante y entre la AFP PORVENIR y, no se puede favorecer ni perjudicar a su representada por un contrato que el demandante manifiesta, lo suscribió de manera libre y voluntaria.

Finalmente señala que se debe tener en cuenta el equilibrio financiero del sistema, el cual es establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues lo que busca el actor es resultar beneficiado del régimen de prima media con las cotizaciones de las personas que sí han permanecido dentro de este régimen, y que se le reconozca y pague alguna prestación por este régimen que sea financiada por las personas que han permanecido y han cotizado al régimen de prima media por más de 20 años, solicitando se revoque la sentencia de primer grado. (Cd. fl. 122, Record: 1:04:59)².

precedente jurisprudencial y lo que es mera jurisprudencia, estableciendo que para que exista precedente jurisprudencial deben haber elementos iguales en los elementos fácticos, nótese que en la sentencia SL-1452, SL-1689, la sentencia 33083, la sentencia SL-4360, todas son régimen de transición, por tanto, todas estas sentencias no se puede hablar de un precedente jurisprudencial. Sin embargo, también se desconoce el precedente de la Corte Constitucional que en sentencia C-1024 de 2004 se declaró la exequibilidad de la prohibición de trasladarse faltándole 10 años en protección de la estabilidad financiera pues, darles la patente de curso (sic) a los demandante para que se trasladen en cualquier momento podría afectar la estabilidad financiera del sistema y, en ese sentido, podría establecer el elemento de afectar los derechos de terceros, de personas afiliadas tanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, como al régimen de prima media, situación que los jueces de la república no pueden desconocer.

Sobre el aspecto de la jurisprudencia, es importante resaltar que el artículo 230 de la constitución establece que la jurisprudencia es un criterio auxiliar y que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley. Por tanto, dentro del proceso no se logró establecer los vicios del consentimiento como fue el error, la fuerza o el dolo, el error en los aspectos en los cuales se estableció o se dejó de lado el error de derecho que no implica en ningún momento el vicio en el consentimiento. Así las cosas, solicito al Honorable Tribunal de Bogotá revoque la sentencia en su totalidad. Muchas gracias su señor juez.”

² “Muchas gracias su señoría, en el término que me asiste, solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque sentencia de primera instancia teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

En primer lugar, mi representada no puede ser la encartada de recibir al demandante GUILLERMO PABÓN, toda vez que mi representada no tuvo injerencia alguna en el contrato que suscribió el demandante con la AFP PORVENIR, en ese orden, también se debe indicar que el demandante tuvo que trasladarse antes de entrar en la

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor GUILLERMO PABON GUTIERREZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 6, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 6 aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación al fondo de pensiones Porvenir efectuada el 29 de mayo del 2001, en consecuencia solicita se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin efectuar ningún tipo de descuento, igualmente se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, condenas *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad del traslado realizado al RAIS del demandante, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente, precisando dicho deber de información se le debe dar a todos los ciudadanos estén o no en el régimen de transición.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten

prohibición legal establecida en el artículo segundo de la ley 797 de 2003 y este no lo hizo, por lo tanto, ratifica su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así mismo, se debe indicar que al demandante no se vulneró ninguna expectativa legítima en tanto no es beneficiario del régimen de transición, por lo tanto, el demandante cuando alude a las sentencias recientes de la Corte Suprema, está refiriendo como si el caso de él fuera similar a estas sentencias, y estas sentencias solamente se refieren que sí han sido beneficiarias del régimen de transición y se le ha vulnerado ninguna expectativa legítima. Así mismo, se debe tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues COLPENSIONES es un tercero y COLPENSIONES no debe asumir los actos entre el demandante y entre la AFP PORVENIR y, no se puede favorecer ni perjudicar a mi representada por un contrato que el demandante manifiesta, lo suscribió de manera libre y voluntaria.

Así mismo, y para terminar, se debe tener en cuenta el equilibrio financiero del sistema, el cual es establecido en el artículo 48 del Constitución Política, pues lo que busca esta persona es resultar beneficiado del régimen de prima media con las cotizaciones de las personas que sí han permanecido dentro de este régimen, pues el mismo busca que se le reconozca y pague alguna prestación por este régimen y, que sea financiada por las personas que han permanecido y han cotizado al régimen de prima media por más de 20 años. En ese orden, solicito se revoque sentencia de primera instancia, toda vez que mi representada no tuvo injerencia alguna en el contrato suscrito entre el demandante y la AFP PORVENIR.”

más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 17 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 1° de marzo de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante el formulario de afiliación que suscribió en COLPENSIONES el 31 de agosto de 2018 (fl. 31), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 209.29 semanas de cotización (fl. 95 vto) equivalentes a 4 años y 25 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de mayo del 2001 (fls. 25, 83 y 85), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Porvenir (fl. 25) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se

produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del accionante al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, y Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el 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 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 a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años,

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

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

(…).

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

era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el actor recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, contrario a ello, se recibió como prueba testimonial, las manifestaciones de SAUL TOMÁS SALAS BLANCO⁵, quien afirmó haber sido compañero de trabajo del demandante en el año 2001, por lo que tiene conocimiento que el actor se trasladó de régimen pensional toda vez que la AFP fue a las instalaciones de la empresa y en una charla general que tardó aproximadamente 15 minutos informó a todos los trabajadores que el ISS se acabaría y que por ende les convenía afiliarse a esa AFP dadas las ventajas que poseía el RAIS, tales como la rentabilidad y que se podían pensionar a cualquier edad.

Igualmente, debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues se limitó en señalar que le indicaron que por el monto de su salario le convenía mejor estar en el RAIS, pues la rentabilidad de sus aportes serían muy superiores y que se podía pensionar en cualquier edad.

⁵ Cd. fl. 122, record: 22:15

⁶ Cd fl. 122, record:11:47

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a PORVENIR (fl. 25), en el aparte de manifestación de voluntad de afiliación, en la cual se indica que ésta se hace en forma libre, espontánea y sin presiones, ello no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁷.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (29 de mayo del 2001, fl. 85), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

⁷ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada tanto por Porvenir como por Colpensiones, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que como atrás se dijo se está declarando la ineficacia, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos existentes en la cuenta del actor.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fls. 60 y 61)⁸, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁸ Por auto del 26 de septiembre del 2019 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 106).

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA RUTH VILLARRAGA GONGORA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y la AFP PORVENIR (RAD. 05 2019 00060 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de agosto de 2020 (Record: 57:19), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora CLARA RUTH VILLARRAGA GONGORA a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a **RECIBIR** los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones por las demandadas.

CUARTO: COSTAS a cargo únicamente de PORVENIR S.A. Cuatro salarios mínimos como agencias en derecho a cargo de esta AFP.

QUINTO: En caso que este fallo no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando no advertir ningún vicio del consentimiento que sí determine la declaratoria de nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta que la demandante firmó el formulario de afiliación aceptando las condiciones mismas de dicho régimen y así mismo asegura dentro del interrogatorio de parte se vislumbra que la misma lo hizo de manera libre y voluntaria.

Por otro lado aduce, no ser viable el retorno al régimen de prima media, ya que la demandada se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, ya que la misma está próxima a cumplir la edad requerida para pensionarse y se estaría en contra de la normatividad que prohíbe dichos traslados.

Igualmente, señala no se le puede endilgar responsabilidad alguna a su representada, toda vez que ella no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado con PORVENIR, pues no estuvo presente al momento de la afiliación y, tampoco era su deber estar dentro de dicha afiliación, razón por la cual consecuencias no deberían afectar a Colpensiones, por cuanto fue decisión de la demandante escoger el régimen al cual pertenece en este momento administrado por PORVENIR.

Indica que la demandante también tiene deber como afiliado de verificar la información que se le brinda, precisando que lo que se busca con este proceso es beneficiarse de una prestación pensional reconocida y pagada por Colpensiones, lo cual iría en contra de lo establecido en el artículo 48 de la Constitución política, esto es, con la sostenibilidad financiera del sistema, asegurando que al recibirla se estaría dejando en desventaja a los afiliados que sí han permanecido en el régimen prima media, por cuanto al recibirla se estaría descapitalizando el sistema de Seguridad Social. (Record: 58:15)¹.

¹ “Sí su señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho para que el Tribunal Superior de Bogotá lo estudie teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

Se debe indicar que, dentro del presente proceso, esta apoderada no vislumbra ningún vicio del consentimiento que sí determine la declaratoria de nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. Teniendo en cuenta que la demandante firmó formulario de afiliación aceptando las condiciones mismas de dicho régimen y así mismo, dentro del interrogatorio de parte brindado por la demandante, se vislumbra que la misma lo hizo de manera libre y voluntaria. Ahora bien, frente al retorno al régimen de prima media, no es dable, ya que la demandada se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo segundo de la ley 707 de 2003, ya que la

Por su parte la AFP PORVENIR apela el fallo de primer grado, afirmando no encontrarse una causal de nulidad, de error, fuerza o dolo que haya sido probada por la parte accionante y más, teniendo en cuenta que cuando se habla de error en el objeto, no procede la nulidad por cuanto el objeto está representado por la ley y esto es, administrar y recibir las cotizaciones en seguridad social para cubrir los riesgos de invalidez vejez y muerte, indicando claramente la señora CLARA RUTH para la fecha de 1997 firmó el formulario de afiliación, el cual era aprobado

misma está próxima a cumplir la edad requerida para pensionarse y se estaría yendo en contra de la normatividad que prohíbe dichos traslados.

Así mismo, también no se le puede endilgar responsabilidad alguna a mi representada, toda vez que ella no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado con PORVENIR, pues no estuvo presente al momento de la afiliación y, tampoco era deber de mi representada estar dentro de dicha afiliación y dichas consecuencias no deberían afectar a mi representada, tal y como lo establece el artículo 1602 del código civil, por cuanto fue decisión de la demandante escoger el régimen al cual pertenece en este momento administrado por PORVENIR. Por otro lado, en cuanto a la falta de información, no se vislumbra ninguna falta de información, ya que la misma mencionó dentro del interrogatorio de parte varias características dentro de este régimen, así mismo, se vislumbra que la demandante fue negligente con su futuro pensional pues solamente hasta cuando ya estaba próxima a cumplir la edad fue que se preocupó del mismo e indagó sobre su estado pensional.

No obstante, si bien el deber de información está en cabeza de las administradoras y de los fondos de pensiones, pues la demandante también tiene deber como afiliado, verificar la información que se le brinda, y así mismo, cuando ha permanecido dentro del régimen por tantos años, verificar su estado como afiliada, pues al momento de adquirir un servicio o un beneficio dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, la misma también tenía el deber de verificar o informarse de su estado como afiliada. Por lo tanto, dentro del proceso no se encontró ningún vicio del consentimiento, por el contrario, no encontramos frente un error de derecho, esto lo argumenta con lo estipulado en sentencia C-993 de 2006 al realizar un exhaustivo estudio constitucional de los artículos 1509 y siguientes, donde llegó a la conclusión que, en desarrollo del principio de seguridad jurídica, se debe acoger el principio de derecho romano, esto es que la ignorancia del derecho no sirve de excusa y este se encuentra en el artículo noveno del código civil. Por ello los afiliados no pueden excusarse en el desconocimiento de la normatividad para deshacerse de sus obligaciones y pedir que se anule una obligación por error, sabiendo que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Por otro lado, no se puede dejar de lado, valga la redundancia, el tema que la demandante busca con este proceso beneficiarse de una prestación pensional reconocida y pagada por mi representada, lo cual estaría yendo en contra de lo establecido en el artículo 48 de la Constitución política, en la sostenibilidad financiera del sistema como tal y, al recibirla se estaría dejando en desventaja a los afiliados que sí han permanecido en el régimen prima media, por cuanto al recibirla se estaría descapitalizando el sistema de Seguridad Social. Esto también se argumenta en la sentencia C-1024 de 2004 que busca evitar la descapitalización y busca no vulnerar el equilibrio y la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, pues la demandante lo que alude dentro del presente proceso, en su demanda y en su interrogatorio de parte, era que no le resultaba beneficiosa la prestación que iba a obtener en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y que en COLPENSIONES sí iba a tener una mejor pensión, pero la misma decidió permanecer dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad aun sabiendo que el Instituto de Seguros Sociales es hoy COLPENSIONES y que pudo retornar al mismo antes de entrar en dicha prohibición.

Así lo manifestó dentro de interrogatorio de parte indicando que conocía que el Instituto de Seguros Sociales es hoy COLPENSIONES pero que no se acercó a COLPENSIONES para verificar cómo sería su prestación o requerir información para así poderse afiliar al régimen de prima media, solamente lo vino a hacer cuando ya estaba próxima a cumplir la edad para pensionarse, cuando ya estaba inmersa en la prohibición, porque suele suceder que las personas afiliadas en los fondos privados, solamente se preocupan de su futuro pensional cuando ya están próximos a pensionarse y esto no se puede dejar de lado, es que el deber de cada como afiliado en el Sistema de Seguridad Social no solamente es preocuparse cuando ya vamos a requerir la pensión sino también, como el afiliado, en el momento en el que estamos aportando a la seguridad social. En ese orden de ideas dejo sentados mis argumentos para que sean tenidos en cuenta en el recurso de apelación y así no se declare la nulidad del traslado de régimen pensional.”

por la Superbancaria para su fecha y cumplía con los requisitos legales para este momento histórico.

Refiere en cuanto a los extractos de la historia laboral, que se le estaban brindando de manera periódica a la actora, con lo que también se demuestra la continua asesoría que se le daba de mantener la informada acerca de los diferentes cambios y de la situación que ocurría con los aportes que ella estaba realizando al régimen de ahorro individual, advirtiéndole que la demandante estaba en el deber de informarse sobre la pensión anticipada, más cuando ella es la única que conocía sus expectativas pensionales, ella sabía que quería una muy buena mesada pensional y debía también aprovechar los espacios que se brindaron para ello (Record: 1:06:06)².

² “Si señor juez, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia previamente proferida, solicitándole respetuosamente al tribunal se revoque la sentencia y, en consecuencia, se absuelva a mi representada de todas las condenas con base en lo siguiente.

Frente a la declaratoria de la nulidad, en igual sentido que la apoderada de COLPENSIONES, en este proceso no se encuentra causal de nulidad, de error, fuerza o dolo que haya sido probada por la parte accionante y más, teniendo en cuenta que cuando se habla de error en el objeto, no se procede por cuanto el objeto está representado por la ley para mi representada, y esto es, administrar y recibir las cotizaciones en seguridad social para cubrir los riesgos de invalidez vejez y muerte. El sistema pensional está claramente establecido por la normatividad y toda la liquidación y forma en que funciona está determinada por la ley, de allí que no se le puede delegar a mi representada, consecuencias negativas por esto, pues ella simplemente lo que hace es administrar de una forma adecuada los recursos con base en la normatividad y acatando todos los principios y todas las normatividades que la rigen. Ahora bien, también se debe destacar que como no demostró ese error, no se debe conceder la nulidad por esto, pues claramente la señora CLARA RUTH para la fecha de 1997 firmó el formulario de afiliación, el cual era aprobado por la Superbancaria para su fecha y cumplía con los requisitos legales para este momento histórico.

Así mismo, dentro del interrogatorio de parte podemos denotar que la señora CLARA RUTH sí conocía el régimen de ahorro individual y pues contrario, respetuosamente, a lo que manifiesta el señor juez, cuando la otra apoderada la pregunta sobre la pensión anticipada, le explicó claramente en qué consistía la pensión anticipada para evitar precisamente este tipo de situaciones indicándole, que si conocía la pensión anticipada, es decir, que ella se podía pensionar en cualquier tiempo sin necesidad de cumplir una edad específica y ella manifestó que no le habían informado sobre esta situación, pero posteriormente sí manifiesta, en la pregunta número ocho que su principal motivo era esto, que podía pensionarse en cualquier momento. Entonces de allí que no hay una falta de entendimiento por parte de la señora CLARA cuando le hablan de pensión anticipada puesto que esta apoderada incluso le explicó en qué consiste a figura, entonces la señora CLARA RUTH contaba con esas herramientas para entender esa pregunta y de allí que es clara esa contradicción.

Así mismo, en cuanto a los extractos de la historia laboral que se le estaban brindando de manera periódica a la señora CLARA RUTH, con lo que también se demuestra la continua asesoría que se le daba a la señora CLARA RUTH de mantener la informada acerca de los diferentes cambios y de la situación que ocurría con los aportes que ella estaba realizando al régimen de ahorro individual. Con base en todo esto, ella realizó el traslado de régimen pensional en 1997 y ha permanecido incólume dentro de este régimen de ahorro individual durante 23 años en los cuales no ha manifestado inconformidad frente a esta situación y, lo único que desea ahora es obtener un beneficio por parte del régimen de prima media para obtener una mejor mesada pensional, de lo cual no es óbice de entender una nulidad, un engaño o una falta de información, pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 39989 de la corporación. Con base pues en ello y a que mi representada, cumpliendo con la normatividad vigente, esto es, con el artículo 112 de la ley 100 de 1993 recibió a la afiliada, pues obliga a recibir a todos los potenciales afiliados que deseen vincularse a este a administrar en general todos sus recursos.

Llama la atención también a esta apoderada que la parte accionante habla sobre la igualdad en este tipo de materias, pero también, y esto lo rescato de la apoderada de COLPENSIONES, la igualdad está en derechos y

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora CLARA RUTH VILLARRAGA GONGORA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3 (archivo 5 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 5 (archivo 5 expediente digital), aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia se ordene a ésta AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar, igualmente solicita se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación como si nunca se hubiese traslado de régimen y actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad del traslado realizado al RAIS de la demandante, ordenando a Porvenir trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones junto con los rendimientos, frutos e intereses, tras considerar que la AFP no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, precisando dicho deber

deberes, es claro que ara la señora CLARA RUTH estaba el deber de informarse sobre la pensión anticipada, más cuando ella es la única que conocía sus expectativas pensionales, ella sabía que quería una muy buena mesada pensional, debía también aprovechar los espacios, incluso, el decreto 2241 de 2010 en su artículo cuarto estableció los deberes de los afiliados, y es aprovechar todos espacios de información brindados por las diferentes administradoras de fondos de pensiones. De allí pues que, aunque se habla de la igualdad en este tipo de procesos, no se cumple la igualdad, por cuanto los afiliados siempre cuando se les pregunta en su interrogatorio de parte, y en este caso la señora CLARA RUTH manifiesta que nunca se acercó a COLPENSIONES, nunca se acercó a PORVENIR, nunca aprovechó ningún tipo de espacio y nunca obtuvo información, pero ahora sí, cuando ya consolidó su mesada pensional, ahora sí presenta una inconformidad porque no se le cumplió.

Pero, también se debe tener en cuenta que el régimen de ahorro individual tiene unas características al régimen de prima media, esto es, heredabilidad de aporte, aportes voluntarios exentos de materia tributaria, pensión anticipada, son características propias del régimen de ahorro individual que no tiene el de prima media. Así que no podemos endilgar que hay una pauperización del régimen de ahorro individual, que además de ser estructurado netamente por la legalidad, tiene unos beneficios que a algunas personas les pueden parecer mejor para sus condiciones y sus expectativas pensionales, de allí que no podemos cercenar esos procesos netamente a un tema de diferencia de mesada pensional, porque es que hay otros ámbitos dentro de estos sistemas pensionales que afectan y que pueden beneficiar a los diferentes afiliados. Entonces con base en ello, solicito respetuosamente al Tribunal Superior se revoque la sentencia y no se conceda la nulidad o, si en dicho caso, se cambia la ineficacia del traslado, tener en cuenta las pretensiones por parte de la parte accionante por cuanto no se cumplió con los preceptos legales para determinar una u otra situación jurídica.”

de información se le debe dar a todos los ciudadanos estén o no en el régimen de transición.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 29 (archivo 5 expediente digital) milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la accionante el 19 de junio de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR los días 16 y 22 de octubre del 2018 (fls. 36, 37, 40 y 42 archivo 5 expediente digital), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 149.29 semanas de cotización (fl. 189 Historial Bono Pensional archivo 5 expediente digital) equivalentes a 2 años, 10 meses y 25 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de julio de 1997 (fls. 18, 174 y 177 archivo 5 expediente digital), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Porvenir (fls. 18 y 174) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el

valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la accionante al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, y Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el 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 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 a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

(...)

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Destacando, que las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la actora⁵, no acreditan de manera alguna que la promotora del juicio conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues tan solo refirió que en su momento PORVENIR únicamente le hablo de los beneficios de ese fondo de pensiones, enfatizando en que el ISS se iba acabar y que iba a pensionarse a cualquier edad.

⁵ Record: 11:36

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a PORVENIR (fl. 174 archivo 5 expediente digital), en el aparte de manifestación de voluntad de afiliación, en la cual se indica que ésta se hace en forma libre, espontánea y sin presiones, ello no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁶.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (11 de julio de 1997, fl. 174 expediente digital archivo 5), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

⁶ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a *quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por Colpensiones, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que como atrás se dijo se está declarando la ineficacia, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos existentes en la cuenta de la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 87 expediente digital archivo 5)⁷, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁷ Por auto del 25 de septiembre del 2019 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 99 archivo 5 expediente digital)

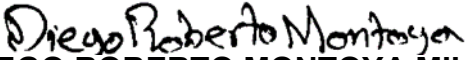
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HECTOR ANIBAL
GORDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES – (RAD. 07 2019 00361 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ identificada con C.C. No. 1.090.449.043 y T.P. 289559 del C.S.J, como apoderada judicial de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de junio del 2020 (Cd Record 19:24) en la que se resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones incoadas por el señor demandante HECTOR ANÍBAL GORDO en contra de COLPENSIONES.

SEGUNDO: Dadas las resultas del proceso se **DECLARAN PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES en la contestación de la demanda.

TERCERO: LAS COSTAS son a cargo del demandante, las agencias en derecho se tazan en favor de COLPENSIONES por \$600.000.

CUARTO: ORDENESE el grado jurisdiccional de consulta de esta sentencia ante el superior a favor del demandante como trabajador pensionado y a fin se revise la legalidad de lo decidido.

QUINTO: Estas decisión es grabada en la plataforma Microsoft Teams la cual queda guardada en el expediente digital al cual tienen acceso las partes, igualmente queda copiado el link en el acta de audiencia que será remitida a sus correos electrónicos.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, señalando no ser de recibo la afirmación de que el señor GORDO HECTOR ANÍBAL no haya presentado escrito adicional de reliquidación distinto al formulario presentado, dado que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES tenía a cargo tres negocios como salud, pensión y la administradora de riesgos profesionales ARP, y por ende considera debió dar traslado a la solicitud al área correspondiente para su debida respuesta, advirtiendo de la reclamación administrativa se derivan dos situaciones, la interrupción y la suspensión de la prescripción, con lo que se entiende que el término prescriptivo comienza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, al vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando la conteste antes de dicho plazo, o cuando no se da respuesta a la petición después del plazo de un mes según lo dispuesto en la sentencia C792 de 2006 (Record: 20:21)¹.

¹ “Gracias su señoría, manifiesto al despacho que interpongo recurso de apelación contra el presente fallo con las siguientes consideraciones.

En primer lugar, no es de recibo que por el hecho que el señor GORDO HECTOR ANÍBAL no haya establecido escrito adicional de reliquidación distinto al formulario presentado, se le niegue la correcta liquidación, que si bien el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES tenía a cargo tres negocios como salud, pensión y la administradora de riesgos profesionales ARP, debió dar traslado a la solicitud de mi poderdante al área correspondiente para su debida respuesta.

En segundo lugar, si tenemos en cuenta la sentencia C-792 de 2006, la sala laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá consideró que por regla general, las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años contados desde que la obligación se haya hecho exigible, señaló igualmente que cuando de quien se pretende es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa, en donde se derivan dos situaciones, la interrupción y la suspensión de la prescripción, con lo que se entiende que el término prescriptivo comienza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, al vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando la

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HECTOR ANIBAL GORDO, las pretensiones relacionadas a folios 6 y 7 del expediente digital, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 8 a 10; solicitando se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago del retroactivo pensional compuesto por las diferencias de las mesadas pensionales generadas desde el día de sus reconocimiento y hasta el 18 de febrero del 2015, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas reconocidas, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones, tras considerar que el retroactivo solicitado se encuentra prescrito, dado que la única reclamación válida fue la del 19 de febrero del 2018, dado que el formulario del 8 de septiembre del 2000 es para afiliación a seguridad social en salud y no para reliquidación de pensiones, aunado a no existir argumentos en tal formato dirigidos a la reliquidación.

Pues bien, no es objeto de controversia en el presente litigio la calidad de pensionado que ostenta el demandante, conforme se acredita con la Resolución No. 008130 del 29 de julio de 1998 (fl. 21 expediente digital), a través de la cual el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 1998 en virtud del régimen de transición aplicando el Acuerdo 049 de 1990, basándose en 1120 semanas cotizadas, para una mesada pensional de \$203.826, prestación que posteriormente fue reliquidada a partir del 19 de febrero del 2015 por acto administrativo SUB 113210 del 27 de abril del 2018 (fls. 25 a 32 expediente digital), disponiendo como mesada para el 2015 la suma de \$783.262, tomando en cuenta para ello 1266 semanas y una tasa de reemplazo del 90%.

conteste antes de dicho plazo, o cuando no se da respuesta a la petición después del plazo de un mes según lo dispuesto en la sentencia C792 de 2006.

Adicional, “la sala también precisó una regla jurisprudencial que expuso así: si una entidad encargada del reconocimiento de una pensión vulnera el derecho fundamental a la correcta reliquidación de la misma, el afectado no puede renunciar a reclamar lo debido y por lo tanto, no resulta razonable ni proporcionado sancionarlo con la prescripción de la acción para hacer efectivo su goce”. Por lo tanto, le solicito a los honorables magistrados se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se condene en costas a COLPENSIONES. Gracias su señoría.”

En esa dirección y como quiera que el actor pretende a través de este ordinario el pago del retroactivo que se haya generado del 1° de agosto de 1998 (fecha en que se le concedió la pensión de vejez) al 18 de febrero del 2015 (día anterior al cual se dispuso la reliquidación), debe advertirse COLPENSIONES frente a este pedimento en Resolución No. SUB 262219 del 5 de octubre del 2018 (fls. 40 a 47 expediente digital) le manifestó:

“Que mediante requerimiento interno No. 2018_11284984 se solicitó copia del expediente pensional del señor GORDO HECTOR ANIBAL, identificado (a) con CC No. 2.897.546, y al verificar el expediente no se encontró ninguna solicitud de reliquidación de la pensión de vejez de fecha 08 de septiembre del año 2000.

Que si bien el peticionario allega un formulario único de afiliación e inscripción a la EPS del extinto seguro social donde se evidencia los datos del cotizante y de los beneficiarios en salud, con fecha de recepción del 08 de septiembre de 2000, dicho documento no es válido, para la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, toda vez, que en aquella época el Instituto de Seguros Sociales, tenía a su cargo tres negocios como eran, Administradora de pensiones, Administradora de Riesgos Laborales y Empresa Promotora de Salud, cada uno con competencias diferentes, por lo tanto, no es procedente dar validez al documento aportado.”
(Folios 44 y 45 expediente digital)

Igualmente en la Resolución SUB 113210 del 27 de abril del 2018 a través de la cual la encartada accedió a la reliquidación, se le indicó al actor:

“...es necesario tener en cuenta que la fecha de la solicitud de reliquidación presentada por el señor GORDO HECTOR ANIBAL, fue el 19 de febrero del 2018, razón por la cual la efectividad será a partir del 19 de febrero de 2015”

De este modo se tiene entonces que para acceder a las pretensiones del promotor del litigio, este debió acreditar haber presentado la correspondiente solicitud dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho a la reliquidación, es decir, una vez le fue reconocida la pensión de vejez, lo cual acaeció el 29 de julio de 1998 (*desconociendo la Sala la fecha de notificación*) y en esa medida el actor tenía hasta el 29 de julio del año 2001, para elevar la respectiva petición, sin embargo brilla por su ausencia tal reclamación, pues la documental que obra a folio 22 del expediente no tiene la virtud de suplir este requisito, en tanto se trata de un “FORMULARIO UNICO DE AFILIACIÓN E INSCRIPCIÓN A LA EPS –REGIMEN CONTRIBUTIVO- PARA TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y PENSIONADOS”, el cual si bien fue recibido por el Seguro Social el 8 de septiembre del año 2000, el sello indica que fue recepcionado en la seccional de afiliación y registro, lo cual da a entender

que ese formulario fue elevado en aras de obtener como bien lo dice la casilla de observaciones “*actualización de datos y solicitud de carnets*”.

Precisándose si bien se escribe también a mano alzada “*y Reliquidación*” se desconoce que clase de reliquidación se pretendía pues ningún argumento se dio frente a esa observación, aunado a que dicho formato correspondía al régimen de salud y no al de pensión, indicándose al apelante que independientemente de que el ISS en esa época estuviera encargado de administrar salud, pensión y riesgos laborales, lo cierto es que esa solicitud de reliquidación se dirigió fue al sistema de salud, además de ello no puede inferir esta Sala de decisión que solo por el hecho de haberse escrito “*reliquidación*” esta se relacionara con su pensión de vejez, pues se itera ninguna especificación se dio frente a la misma.

Razones por la cuales, la única reclamación que tuvo la virtud de interrumpir el termino prescriptivo para la petición de reliquidación fue la elevada el 19 de febrero del 2018 (fl. 40 expediente digital), en cuyo formato sí se marcaron las casillas relacionadas con el trámite de reliquidación de la pensión de vejez y por ende así fue resuelta por COLPENSIONES en la resolución SUB 113210 del 27 de abril del 2018, sin que tenga incidencia alguna el tema relacionado con la suspensión de la prescripción como se manifiesta en la alzada, pues ello sería procedente estudiar en caso de que se hubiere acreditado la presentación de la reclamación del año 2000, no obstante como ello no acaeció no se hará ninguna manifestación al respecto.

Conforme a las anteriores consideraciones y dado que no se acreditó por parte del actor haber interrumpido el fenómeno prescriptivo sobre el retroactivo solicitado por diferencias de mesadas dada la reliquidación a la que tuvo derecho, se ha de confirmar la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCELA GALEANO
JIMENEZ CONTRA COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTIAS (RAD. 07 2019 0007 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ identificada con C.C. No. 1.090.449.043 y T.P. 289559 del C.S.J, como apoderada judicial de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante, Skandia y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, como también el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de junio de 2020 (Record: 1:04:39, acta a folios 317 y 318 expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora MARCELA GALEANO JIMÉNEZ con la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL – PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el 17 de abril de 1995 contenido en el formulario No. 302.

SEGUNDO: Se le **ORDENA** a OLD MUTUAL – ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante MARCELA GALEANO JIMÉNEZ, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Igualmente, debe incluir todos los gastos de administración que se le hubiesen descontado, los cuales deben ser devueltos y reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como uno de sus afiliados al régimen de prima media con prestación definida, a la señora demandante MARCELA GALEANO JIMÉNEZ desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en el año 1984, igualmente, debe recibir los valores que se ordenaron en el numeral anterior.

CUARTO: Se DECLARAN NO PROBADAS Las excepciones presentadas por los fondos demandados dadas las resultas del proceso.

QUINTO: Las COSTAS son a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL y a favor de la demandante, las agencias en derecho se tasan en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a cargo de cada fondo.

SEXTO: ORDÉNESE la CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación, a fin que el superior revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES recurre la decisión expresando que la parte demandante suscribió una solicitud de vinculación y un documento público en el que se observa la declaración escrita a la que se refiere el Artículo 114 de la Ley 100 de 1993, aduciendo tal documento se presume autentico en los términos del artículo 243 y 244 del código general del proceso y del parágrafo del artículo 54 del código de procedimiento del trabajo, aunado a que la actora no aporta un soporte que demuestre la existencia de un vicio, de una fuerza o un dolo al momento de la afiliación al RAIS, obligando que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en su cabeza, manifestando existen unos deberes mínimos en cabeza del afiliado al Sistema general de Pensiones.

Así mismo señala que han transcurrido aproximadamente 24 años en silencio con lo cual se evidencia, una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

En relación con el principio de la sostenibilidad financiera, expresa su importancia ya que este representa la garantía de un derecho fundamental a las pensiones y a los potenciales afiliados, indicando que decisiones como la aquí tomada genera una situación caótica que es que prácticamente esos recursos sean distribuidos en el sistema pensional, razón por la cual solicita se absuelva a su representada. (Record: 1:06:36)¹

¹ “Gracias su señoría, me permito interponer y sustentar recurso de apelación dentro del proceso de la referencia instaurado contra mi representada, con el fin que el H. Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar, absuelva a mi representada.

En primera medida, es importante recalcar, señores magistrados, el consentimiento de la parte demandante, pese a que la jurisprudencia ha condicionado la validez del acto de traslado al régimen, esto obedezca de una manera libre, voluntaria y consciente del afiliado, la cual, solo tendrá tal connotación cuando haya recibido del fondo de pensiones la información comprensible sobre los orígenes y consecuencias del cambio de régimen, en otras palabras, se trata de un consentimiento informado, y es preciso insistir que entre lo antaño de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia de 1944 referida en la sentencia SL-19730 de 2017, en cuanto a la inhabilidad legal para ejecutar la producción de un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad es la excepción.

En otras palabras, de lo anterior, tiene relevancia si tenemos que la parte demandante suscribió una solicitud de vinculación y un documento público en el que se observa la declaración escrita que se refiere en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, este documento que se presenta autentico en los términos del artículo 243 y 244 del código general del proceso y en el parágrafo del artículo 54 del código de procedimiento del trabajo. En otro lado, es importante entender la errónea interpretación y la indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, en lo que tiene que ver con la providencia y la relación del traslado del régimen, la interpretación del artículo 1604 del código civil al que realiza la corte, hace la responsabilidad solamente en cabeza de los fondos que convierte en una responsabilidad objetiva, toda vez que no existe que el demandante aporte un soporte alguno que demuestre una existencia de un vicio, de una fuerza o un dolo al momento de la afiliación al RAIS, pero sí obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien cause el daño, en este aspecto, no aplica en los casos del traslado de régimen de nulidad, dado que los potenciales afiliados cuentan con el deber de asesorarse. De conformidad con lo anterior, existen unos deberes mínimos en cabeza del afiliado al Sistema general de Pensiones, destacándose aproximadamente 24 años en el transcurso de un silencio en el que se evidencia del presente caso, que fue una decisión consciente permanecer en el régimen seleccionado. En temas del principio de la sostenibilidad financiera, hago mención al artículo 48 de la constitución política, adicionalmente en el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, en el que asume la importancia de la aplicación del principio de la sostenibilidad financiera, ya que en esto representa la garantía de un derecho fundamental a las pensiones a los potenciales afiliados y una sostenibilidad financiera, y en la posición de asumir por la corte, los fallos relacionados con la nulidad y la inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, que quebranta un principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que es que prácticamente esos recursos sean distribuidos en el sistema pensional, y desconocer una necesidad de dichas condenas, cumplen previamente a una ordenación de la gestión de los recursos en la mayoría de los casos, no son presupuestos y en la medida en que surgen de manera contingente en la declaración judicial respectiva.

La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el Sistema General de Pensiones recibe y mantiene a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que permitan pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para satisfacer las pensiones futuras bajo las permanentes orientaciones y sugerencias de cualquier desventaja para el bienestar general de cualquiera

Por su parte la AFP OLD MUTUTAL apela la decisión concretamente frente al tema de los gastos de administración, pues indica que éstos conforman parte de una obligación normativa que obliga al fondo a cobrarlos pues tienen unas finalidades específicas en la norma de la Ley 100 de 1993, en donde se les obliga a comprar una póliza de invalidez, riesgo y muerte de la cual, el usuario es beneficiario durante todo el tiempo de su afiliación, y la otra, donde se hacen los descuentos para mantener la cuenta de la cual la persona es titular, precisando, estos dineros ya no se encuentran en las arcas de la AFP, teniendo en cuenta que deben ser pagados de manera sucesiva durante el transcurso del tiempo, por lo que se estaría generando un detrimento de su patrimonio al pagar dichos gastos de administración, por cuanto es casi que una doble sanción, solicitando se revise la sentencia de primer grado.(Record: 1:11:18)²

de los potenciales afiliados. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación para que el Honorable Tribunal absuelva a mi representada de cada una de las condenas que ha hecho este despacho contra mi representada. Muchas gracias.”

² “Por encontrarme dentro del término procesal su señoría, me permito a continuación, solicitar recurso de apelación, más específicamente frente al tema de los gastos de administración, en razón a que, como se ha reiterado múltiples veces de manera previa, no solamente frente a este despacho sino en distintos procesos de nulidad, tienen que tener en cuenta que, si se pretende volver los efectos a su origen, como si nada hubiese pasado, se tiene que tener en cuenta que:

1) El régimen de prima media no genera rendimientos, es decir, no tendrían por qué trasladarse los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sino que únicamente de la cuenta de ahorro individual y

2) El tema de los gastos de administración, porque bueno, el tema de los rendimientos es algo que todavía está en debate y estamos a la espera que eventualmente se haga como una revisión objetiva frente al caso porque, como dije anteriormente, si lo que se pretende es declarar la ineficacia, es decir, y como resultado de la ineficacia, la nulidad proceso, se tiene que tener en cuenta que si se va a retrotraer todos los efectos causados por el acto a su estado natural, dichos rendimientos que son generados por el ahorro individual con solidaridad y que no son del régimen de prima media, no tendrían por qué entrar al traslado y, no obstante, se tiene que tener en cuenta que los gastos de administración, como se ha repetido en múltiples ocasiones, conforman parte de una obligación normativa que obliga a fondo a cobrar, estos no se cobran por capricho, estos se cobran porque tienen unas finalidades específicas en la norma de la ley 100 del 93, en donde se nos obliga a nosotros a comprar una póliza de invalidez, riesgo y muerte de la cual, el usuario es beneficiario durante todo el tiempo de su afiliación, y la otra, donde se hacen los descuentos para mantener el mantenimiento de la cuenta de la cual la persona es titular. No obstante, estos dineros ya no se encuentran en las arcas de la AFP, teniendo en cuenta que deben ser pagados de manera sucesiva durante el transcurso del tiempo y, pues, básicamente estaríamos entrando en detrimento de nuestro patrimonio en pagar dichos gastos de administración, por cuanto es casi que una doble sanción.

Entonces, solicito por favor, se revise frente a este ítem la sentencia proferida y señores magistrados, que por favor, se debe tener en cuenta, como dije anteriormente, si se va a devolver los efectos jurídicos a sus naturaleza, como si nada hubiese pasado, se tiene que tener en cuenta que esto conforma un completo objetivo que es, que entonces que ella nunca se hubiese ido de COLPENSIONES, entonces, si nunca se hubiese ido de COLPENSIONES, nunca habría recibido otros beneficios y sí se nos obliga al pago de gastos de administración y al detrimento de nuestro patrimonio o cual, de forma sucesiva y de acuerdo al precedente judicial, ya no va siendo un solo traslado sino múltiples traslados, uno tras otro y tras otro y, entrado pues, en detrimento propio del fondo. Bajo estos preceptos, dejo presentado mi recurso de apelación, lo solicito, y solicito que por favor se revise la presente sentencia del ad quo. Muchas gracias.”

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARCELA GALEANO JIMENEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 7 a 9 del expediente electrónico, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 10 a 15 de la misma documental, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones que realizo del ISS al fondo PENSIONAR hoy OLD MUTUAL S.A., en consecuencia se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación y a la AFP que en virtud del regreso automático, devuelva todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, seguros, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, estableciendo que la actora siempre permaneció en el régimen de prima media, ordenando a la AFP en donde se encuentra afiliada la actora trasladar los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a ésta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años

de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 38 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de enero de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y OLD MUTUAL los días 23 y 26 de noviembre del 2018, es decir cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 433 semanas de cotización (fls. 39 y 193 expediente digital), equivalentes a 8 años, 5 meses y 1 día, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de abril de 1995 (fls. 68 y 164), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL S.A (fl. 141 rta hecho No. 17 acepta fusión) y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba

³ “En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “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”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que

claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado OLD MUTUAL S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el 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 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 a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 del 3 de abril del 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

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

(…).

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (Record: 8:37), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde estaba laborando y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 68 y 1649, plasmado en el

formulario de afiliación a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la AFP OLD MUTUAL omitió en el momento del traslado de régimen (17 de abril de 1995 fl. 154), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, confirmándose en este punto la decisión de primer grado.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

Ahora, para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por OLD MUTUAL y COLPENSIONES, relacionadas con la devolución de los gastos de administración y la sostenibilidad del sistema conviene precisar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o

cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones⁵ respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fl. 266), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 30 de octubre del 2019 (fol. 287).

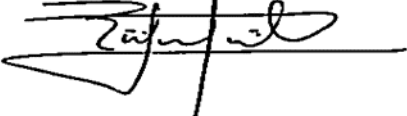
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 7° Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE ORLANDO
ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD 08 2019 00036 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J, como apoderada judicial de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (folio 272).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES (folios 276 a 278), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de junio de 2020 (Cd. fl. 264, record 31:50 acta a folio 266), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos propuestos.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la parte actora.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **JOSE ORLANDO ROJAS**, las pretensiones elevadas a folio 9, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 4 a 8, solicitando principalmente se ordene a COLPENSIONES dar cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá en el fallo del 30 de noviembre del 2011, declarando que los \$7.795.800 consignados por COLTANQUES LTDA. el 5 de marzo de 2015 hacen parte integral de los aportes a pensión, en consecuencia se condene a la demandada a reajustar la pensión incorporando tales valores, junto con los intereses moratorios a partir del 1° de abril del 2015, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerar que Colpensiones efectuó la reliquidación correspondiente a partir de octubre del 2017, precisando dicho acto administrativo se ajusta a derecho como quiera que respecto del reajuste solicitado opero el fenómeno de la prescripción y por ende solo se ordenó el pago de diferencias a partir del 30 de septiembre del 2013.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que el actor se encuentra pensionado desde el 1° de septiembre del 2012 conforme lo señala la Resolución GNR 002855 del 10 de noviembre del 2012

(fls. 45 a 48), prestación pensional reconocida bajo el manto del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, acto administrativo en el que se señaló como valor de mesada pensional la suma de \$1.114.136.

Ahora, bien frente a los anhelos del actor se tiene que mediante providencia judicial proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá (fls. 19 a 32), se condenó a la empresa COLTANQUES a pagar la suma de \$7.781.290,23 por concepto de diferencia en aportes pensionales correspondientes a los años 2000 a 2005, suma que debía ser depositada ante el ISS en la cuenta del actor (ver fl. 31), decisión confirmada por esta Corporación en su Sala Laboral de Descongestión (fls. 33 a 44) en sentencia fechada 31 de mayo del 2013, precisándose a folios 59 a 200 del expediente fueron aportadas las copias de las planillas de pago en el sistema “*aportes en línea*” donde se evidencia el cumplimiento de la sentencia judicial por parte de COLTANQUES, pagos efectuados en el mes de marzo del año 2015.

En este orden de ideas y en aras de determinar si dichos pagos fueron tenidos en cuenta por COLPENSIONES, se advierte tal entidad en la Resolución DIR 17210 del 5 de octubre del 2017 (fls. 222 a 227) ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del accionante en suma de \$1.145.203 a partir del 30 de septiembre del 2013, acto administrativo que goza de presunción de legalidad¹ y en el que se señaló (fl. 224 vto):

“Que teniendo en cuenta su petición de reliquidación con nuevo (sic) aportes efectuados por su empleador, por factores de salario sobre los cuales no se aportó en cumplimiento de sentencia judicial en su contra, es preciso señalar que previo a solicitarle a la Dirección de operaciones que informará sobre si existía corrección de su historia por pagos adicionales efectuados por su empleador esta mediante el requerimiento interno No. 2017 _3526268 de 03 de octubre de 2017 informó:

‘Buenos días el empleador efectuó los pagos por reajuste de IBC para los ciclos solicitados reflejándose en la historia laboral’

Que conforme lo anterior, se procede a efectuar un nuevo estudio (...)”

De acuerdo a ello, se tiene entonces que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en efecto tuvo en cuenta los pagos realizados por

¹ LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

COLTANQUES y por ende a través del citado acto administrativo procedió a la reliquidación aquí pretendida, la cual su bien no se concedió a partir de abril del 2015 como aquí se solicita, ello fue en virtud del fenómeno extintivo de la prescripción pues en la misma resolución se indicó (ver fl. 226 y 226 vto):

“Que por haberse presentado su primera solicitud de reliquidación prestacional el 30 de septiembre de 2016, le prescribieron las mesadas tres (3) años hacia atrás, a la fecha en que presentó su petición, por lo tanto, se reliquida Pensión de Vejez a partir del 30 de septiembre de 2013, fecha desde la cual se liquida el retroactivo por diferencias”

Razón por la cual y al ya haberse dispuesto por COLPENSIONES la reliquidación conforme a los supuestos facticos aducidos en este libelo, no pueden hallar prosperidad los anhelos del actor.

Nótese que el accionante pese a conocer el citado acto administrativo, pues fue notificado el 31 de octubre del 2017 (fl.221), no especificó cuál fue el valor NO tenido en cuenta para efectuar la reliquidación, aunado que no obra prueba dentro del plenario con la que se pueda contrastar el IBC que realmente devengó el actor y el que fue reportado por su ex empleadora, pues la sentencia judicial que dispuso el pago de la diferencia de aportes para los años 2000 a 2005 dio una cifra global (\$7.781.290,23), sin especificar los salarios mes a mes, lo que impide realizar las operaciones aritméticas correspondientes en aras de verificar la suma obtenida por COLPENSIONES para la mesada pensional del año 2013, carga de la prueba que le correspondía al accionante, pues era quien tenía que acreditar la existencia de un IBC diferente al que aparece en su historia laboral, sobre el cual se pudieran advertir diferencias a reliquidar.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

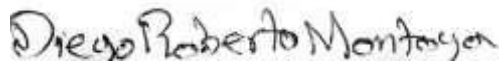
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

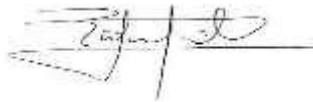
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 8° Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía. (RAD. 09 2015 00383 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte actora (folios 418 a 422), SEGUROS BOLIVAR S.A. (folios 423 a 426) y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 427 a 433) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2020 (Cd. folio 414, récord 50:07, acta a folio 140 y vto.), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y a las llamadas en garantías MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A y SEGUROS BOLIVAR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY conforme quedó planteado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Se DECLARAN probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido y el despacho se declara relevado de los demás medios exceptivos planteados.

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

TERCERO: COSTAS serán a cargo de la parte actora, tásense las agencias en derecho en la suma de \$200.000.

CUARTO: *En caso de no ser apelada esta decisión y por ser totalmente desfavorable a la parte demandante, se dispone CONSULTARLA ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”*

Inconformes con la decisión, los apoderados de la demandante y WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, dice la actora, no está de acuerdo con la conclusión de la juez, particularmente con el hecho de que no se hallara demostrada su convivencia con el causante.

En ese sentido, refiere, para que se diera por acreditada la convivencia no necesariamente tenía que estar viviendo con el señor CESAR AUGUSTO PEÑA, y aunque hubo una separación, eso fue cuestión de un mes, pero luego regresaron, continuando el afecto familiar y los lazos de cariño y apoyo económico hasta el día de su fallecimiento. Del mismo modo, indica, la demandante fue beneficiaria del sistema de seguridad social hasta el fallecimiento del causante, lo que advierte es una prueba de que el señor PEÑA seguía viviendo con ella.

Por otra parte alude, si bien hubo unas declaraciones extrajuicio, ellas fueron producto de un error incitado por la aseguradora, por lo cual no evidencian la realidad.

Del mismo modo, con fundamento en la sentencia T-197 de 2010, advierte la Corte Constitucional encontró una justa causa para que los consortes no durmieran bajo el mismo techo y reconoció la prestación económica, insistiendo, el auxilio mutuo persistió hasta el último momento pues el causante vio económicamente por ella y su hijo¹ Cd. folio 414, récord 51:26, acta a folio 140 y vto.)

¹ *“Ante la decisión tomada por su despacho presento recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá señora juez. Con todo respeto me permito interponer recurso de apelación contra el auto de fecha 21 de junio de 2020 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de mi prohilada, señora BLANCA LEÓN ACHURY. No comparto la determinación de la señora juez al señalar que no se probó la existencia de la convivencia de la demandante con el fallecido CESAR AUGUSTO. No debemos olvidar que la seguridad social ha tenido una reformación a través de la jurisprudencia, pasando de ser reconocida como un derecho social a ser concebida como un derecho fundamental.*

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

A su turno, la apoderada de WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN, a más de presentar inconformidad contra el fallo, lo que hizo fue coadyuvar la solicitud de la parte actora, indicando, la demandante sí tiene derecho a la pensión por haber sido la compañera del causante, debiendo distribuirse la prestación en las proporciones que le corresponden a los dos beneficiarios, conforme a la ley² Cd. folio 414, récord 58:00, acta a folio 140 y vto.)

No es de recibo al señalar que se requiera para que se pruebe la existencia de la unión marital de hecho la convivencia, procuro señalar que la sentencia de la Corte Constitucional T -245 de 2017 preceptúa “La jurisprudencia ha dado que el cónyuge o compañera o compañero supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional aun cuando no haya habitado bajo el mismo techo del causante hasta el momento de su muerte, siempre que exista una causa justa para ello, es decir, el requisito de convivencia continúa establecido en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, no podrá ser analizado en abstracto sino que se debe hacer una análisis de las circunstancias concretas en cada caso, de tal manera que cuando a una persona que se encuentra bajo estas circunstancias se le niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional por un aparente incumplimiento de requisitos exigido por la legislación, se le está violando su derecho fundamental al mínimo vital ya que de este reconocimiento depende la materialización de una vida en condiciones dignas”.

Es decir, que no necesariamente tenía que estar viviendo el señor CESAR AUGUSTO PEÑA con la señora BLANCA LEÓN ACHURY, recordemos que ella misma señaló que solo hubo una separación de un mes y que posteriormente el señor Cesar la buscó y regresaron a hacer convivencia, se separaban, sí, uno o dos días no regresaba a su casa, pero continuó el afecto familiar, ese amor y esos lazos fuertes de cariño y vio económicamente por ella hasta el día de su muerte. Recordemos que el señor Cesar Augusto la mantuvo afiliada al fondo de pensiones y a seguridad social hasta el día de la muerte y 2 o 5 meses posteriores, eso es una prueba que el señor aún continuaba viendo por la señora y le pagaba el arriendo, la cuidó y la apoyó socialmente y espiritualmente hasta el día de su muerte.

Es así como aclaró y señaló que si bien es cierto, hubo unas declaraciones extra juicio, esto fue producto de un error incitado por la aseguradora pero no era la realidad lo que señalaba. Por tal razón solicito señora juez que se tenga en cuenta que sí existió esa convivencia hasta el la muerte. Los mismos testimonios que se allegaron al proceso señalaron que sí hubo esa convivencia, que si hubo esa ayuda mutua, ese apoyo moral, que nunca rompieron eso lazos afectivos, de tal manera que cuando una persona se encuentra bajo esas circunstancias se le debe reconocer esa convivencia.

En el mismo sentido la Corte Constitucional en sentencia T-197 de 2010 en la sala de revisión consideró que hubo una causa justa para que los cónyuges no durmieran bajo el mismo techo y que el auxilio mutuo entre ellos permaneció hasta el día de la muerte del afiliado, en consecuencia ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante. Repito, se demostró en el proceso que el señor CESAR AUGUSTO vio económicamente por su compañera BLANCA LEÓN ACHURY y su hijo, que llevaron conviviendo como pareja hasta la muerte, es así que el fallecido Peña, reitero, mantenía como beneficiaria en calidad de compañera permanente a la señora Blanca en su servicio de salud y pensión, incluso dos meses después de su muerte, la cual fuera la convicción que de dicho vinculo si formó y que es este el que fundamenta el derecho que le asiste a la demandante de beneficiarse de la sustitución pensional como compañera supérstite del pensionado.

Por tal razón solicito al honorable magistrado revocar la sentencia de fecha 24 de junio de 2020 proferida por el juzgado noveno laboral del circuito de Bogotá y en consecuencia conceder las suplicas de la demanda. Muchas gracias señora juez.”

² *“El señor WILLIAM ESTEVEN PEÑA LEÓN manifiesta que se cambie el fallo en el sentido que él sabe que sus derechos van ser respetados hasta los 25 años siempre y cuando esté estudiando, por esta razón manifiesta que no se opone al reconocimiento que tenga o llegue a tener la señora BLANCA LEÓN ACHURY, quien es su madre biológica y que fue la compañera del fallecido CESAR AUGUSTO CORTÉS, padre de este.*

Así mismo, téngase en cuenta que de estar acuerdo se debe dar la mesada pensional a la señora BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY de conformidad con el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, el cual habla de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y que el literal a., de manera proporcional con la que disfruta mi poderdante.”

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

Como quiera que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante BLANCA LUCILA LEON ACHURY, las pretensiones que relacionó en la subsanación de la demanda a folios 31 a 32, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 30 a 31, solicitando se declare que CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES (Q.E.P.D) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y en consecuencia, se declare que ella, en calidad de compañera permanente supérstite, y su hijo WILLIAM STEEBAN PEÑA LEÓN tienen derecho a dicha prestación en un 50% cada uno. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que la actora no había logrado acreditar la convivencia con el causante en los 5 años anteriores a su deceso.**

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES, falleció el 13 de julio de 2008, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 19, como tampoco que se encontraba afiliado a COLFONDOS y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aspectos que además de no haber sido objeto de discusión dentro del proceso, se constatan de la comunicación calendada 20 de enero de 2009 (folios 22 a 24 y 181 a 183) por la cual la pasiva informa a la demandante la negativa en el reconocimiento de su derecho pensional, en la que dicha administradora indicó:

“Del estudio efectuado se pudo determinar que el señor PEÑA CORTES CESAR AUGUSTO (q.e.p.d) cumple con el requisito de las (50) cincuenta semanas de cotización, exigidas por la norma citada para generar el beneficio pensional en cabeza de sus beneficiarios.

Adicionalmente, se analizó el requisito de fidelidad, el cual expresa que si el afiliado es mayor de 20 años de edad, debe haber cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. El estudio demostró que se cumple también con el requisito de la fidelidad exigido por la Ley”

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

En dicha misiva igualmente, se reconoció como beneficiario de la prestación a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN en calidad de hijo del fallecido, por encontrar satisfechos los requisitos de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, otorgando la prestación en un 100%, hasta los 18 años y hasta los 25 si continuaba estudiando tiempo completo en una institución acreditada por el Ministerio de Educación (folio 24, 183). La mesada pensional fue liquidada en \$474.185 para el 2008 y en \$510.555 para 2009 (folios 142 a 143), siendo reconocida la suma adicional requerida para el pago de la prestación por la compañía SEGUROS BOLIVAR S.A. (folios 142 y 143), aspectos estos que tampoco se controvierten en esta instancia.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora BLANCA LUCILA LEON ACHURY, en calidad de compañera permanente, acreditó los requisitos previstos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -13 de julio de 2008, folio 19-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993³,

³ **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020⁴, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a)

compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte³; (...)

⁴ Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes¹”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es **razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional.** Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, **la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como va se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.**

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se

la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañera o compañero permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

causa por muerte del pensionado, enfatizando, “*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador*”, bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañera permanente- del afiliado fallecido, postura acogida por esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de su registro civil de nacimiento de la demandante (folio 20), esta nació el 28 de abril de 1974, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 34 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante de la señora BLANCA LUCILA LEON ACHURY, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio de la demandante⁵ en la que señaló que convivió con el causante desde el año 1996 y hasta su fallecimiento. Relató a finales del 2006 se fue de la casa en la que convivían, sin embargo como un mes y medio después el señor CESAR AUGUSTO PEÑA la buscó y reanudaron la relación en otro apartamento dentro del mismo barrio La Estrada, no recuerda la dirección. Respecto a dicha reconciliación también comentó que “*ya no eran como antes*” que el *de cuius* se ausentaba a veces de la casa, una o dos noches en las que no sabía dónde se quedaba y respecto de lo cual CESAR AUGUSTO PEÑA no daba muchas explicaciones, por lo que imaginó que él tenía otra persona, pero al reclamarle, dice, el causante negaba dicha situación. Mencionó que por su hijo siguió ahí, porque él estaba respondiendo por los dos, y con el trabajo que ella tenía no alcanzaba a sufragar sus gastos. Por otra parte, al cuestionársele sobre la diferencia con lo manifestado ante el estrado y lo consignado en la declaración extra juicio que rindió en la Notaria 70 de Bogotá donde señaló que la convivencia se extendió hasta diciembre de 2006, manifestó que ello fue porque al comentar su caso en Colfondos le indicaron que debía colocar que hasta esa fecha (2006) había convivido con el esposo, pero recalca, la convivencia si siguió. Al preguntarle sobre la señora PATRICIA PARRA, indicó que la oyó nombrar, ya que

⁵ Cd folio 414, audio 2, récord 07:15, acta folio 384.

sus allegados y conocidos le manifestaron que ella tenía una relación con su esposo pero tal situación nunca le constó directamente ni tuvo pruebas de ello. Refirió todas las pertenencias del señor PEÑA CORTES estaban en el apartamento donde vivían los dos.

Así mismo, a efecto de acreditar su dicho, se recaudaron los siguientes testimonios:

BLANCA ERLINDA QUINTERO DE QUINTERO⁶, aseguró tener una casa de inquilinato en la que la pareja conformada por BLANCA LUCILA LEON y CESAR AUGUSTO PEÑA convivieron desde el 98 hasta el 2006 y solo hasta esa fecha dice constarle que ellos vivían juntos. Indicó, ella se fue primero como a finales de 2006 pero no recuerda bien, y luego se fue César Peña y aunque inicialmente refirió que no sabía para donde iban, luego señaló que se fue para la misma casa con Blanca. Mencionó saber que después ellos habían regresado porque le contaron y que ocasionalmente los veía juntos en el chance donde la señora Blanca Lucila León trabajaba que era ahí mismo en el barrio, por lo que imagina que seguían como pareja. Piensa que el causante tenía un romance con Patricia Parra, quien en algún momento también vivió en el inquilinato pero a ella no la volvió a ver hasta el día del sepelio.

Por su parte MARTHA STELLA COMBARIZA MELO⁷ dijo conocer a la demandante porque ella trabajó en un chance hasta 2006 que estaba ubicado en el mismo lugar en el que la testigo laboraba. Comentó, veía juntos a la pareja PEÑA LEÓN porque él iba casi todos los días a recogerla, señalando el causante presentaba a la actora como su esposa, pero que no le consta nada más, menos después del año 2006. Desconoce dónde vivían porque nunca fue a visitarlos. Relató, la demandante le comentó que se habían separado pero por una pelea normal y que habían regresado conviviendo hasta el fallecimiento.

A su turno, FELIX ANTONIO GORDILLO⁸, manifestó conocer a la pareja conformada por la actora con CESAR AUGUSTO PEÑA porque vivió en la misma casa de inquilinato con ellos como desde el 98, sin recordar hasta cuándo exactamente debido a que tuvo una operación en la cabeza y “no recuerda

⁶ Cd folio 414, audio 2, récord 30:27, acta folio 384.

⁷ Cd folio 414, audio 2, récord 46:52, acta folio 384.

⁸ Cd folio 414, audio 2, récord 58:48, acta folio 384.

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

muchas cosas”; pese a ello, también indica que ellos estuvieron juntos hasta el fallecimiento de César, lo que le consta porque él la visitaba, salían a almorzar. Desconoce dónde vivían, solo refirió que en el barrio la Estrada, y aunque mencionó que los gastos los cubría Cesar Augusto, no precisó porqué le consta dicha situación.

Ahora bien, al plenario se incorporó certificado expedido por CRUZ BLANCA EPS el 3 de mayo de 2010 (CD folio 184), en el que consta que BLANCA LUCIA LEÓN ACHURY fue beneficiaria del sistema general de seguridad social en salud de CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES, sin especificar los periodos, en tanto para esa fecha la demandante ya era cotizante.

Así mismo, reposan actas de declaración extrajuicio rendidas ante la Notaría 70 del Círculo de Bogotá el 26 de agosto de 2008 por MARTHA STELLA COMBARIZA MELO (folio 25) y SANDRA MILENA POVEDA CASTELLANOS (folio 26), en la cual, bajo la gravedad del juramento indicaron en iguales términos lo siguiente:

“(...) conozco de vista trato y comunicación desde hace 7 años, al señor(a) BLANCA LUCILA LEON ACHURY, (...) de quien manifiesto(amos) saber que convivió en unión MARITAL de manera permanente y bajo un mismo techo desde julio de 1997 hasta el DICIEMBRE DE 2006 (sic) con el señor CESAR AUGUSTO PEÑA CORTÉS (...) de cuya unión procrearon un hijo de nombres WILLIAM STEVEN PEÑA LEÓN de 9 años de edad respectivamente (sic), El señor CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES falleció el 13 de julio de 2008 hago(acemos) la aclaración que BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY, se encontraba dependiendo económicamente de CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES”

Del mismo modo, se observa declaración rendida por FELIX ANTONIO GORDILLO en la Notaría Primera de Bogotá el 18 de marzo de 2010 (folio 27) en la cual indicó

“(...) conocí de vista, trato y comunicación al señor CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES (Q.E.P.D) desde el año de 1998, hasta la fecha de su fallecimiento el día 13 de julio de 2008, y por dicho conocimiento me consta que la única compañera que tuvo fue la señora BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY (...) que procrearon un hijo de nombre WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN, de once años de edad (...) Así mismo me consta que no tuvo otra compañera aparte de la señora BLANCA LUCILA ni otros hijos, ni matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, a parte de su hijo WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN”

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

También, reposa declaración de BLANCA ERLINDA QUINTERO DE QUINTERO realizada igualmente en la Notaría Primera de Bogotá el 18 de marzo de 2020 (folio 28), en la que señaló:

“(...)conozco de vista, trato y comunicación desde el año 1998 a la señora BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY (...) y por dicho conocimiento me consta que tanto ella como el CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES (Q.E.P.D) (SIC) tomaron en arriendo un apartamento en mi casa en el mes de octubre de 1998, llegaron con un niño recién nacido de nombre WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y vivieron hasta diciembre del año 2006, el señor CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES vivió solo desde mediados de diciembre hasta los últimos días del mes de marzo de 2007”

Además de lo anterior, reposa una certificación expedida el 6 de agosto de 2008 por MARIA CARMELINA IBAÑEZ y JAIME CELY en la que hacen constar que CESAR AUGUSTO PEÑA convivía en un apartamento de su propiedad ubicado en la Av. Calle 66 N° 69G -05 con la señora PATRICIA PARRA OVALLE, el cual habían tomado en arrendamiento desde hacía un año y 6 meses (desde inicios del 2007 aproximadamente) (folio 29).

En la carpeta administrativa allegada por la demandada (Cd folio 184), se encuentran declaraciones extrajudiciales rendidas por las anteriores personas en la que hacen constar que PATRICIA PARRA OVALLE tomó en arrendamiento desde el 11 de julio de 2007 el apartamento de propiedad de estos y allí convivía, desde esa fecha, con CESAR AUGUSTO PEÑA hasta el 13 de julio de 2008 que él falleció.

De la prueba antes analizada se puede concluir que la señora BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY, aunque ostentó la calidad de compañera permanente del causante, contrario a lo advertido por la demandante en el interrogatorio, ello lo fue hasta un momento muy anterior a la muerte del causante y no hasta el deceso, o por lo menos ello no lució acreditado, por el contrario, los medios de prueba a los que se hizo referencia dan cuenta que la relación de pareja perduró sólo hasta finales del año 2006, esto es, casi un año y medio antes de la muerte del afiliado.

Nótese, los testigos traídos a juicio, a más de que no precisan situaciones que den cuenta de la convivencia real y efectiva de la pareja, así como la ayuda mutua y el ánimo de tener un proyecto de vida en común, solo refieren conocimiento directo hasta el año 2006, luego de lo cual, aunque aseveran que la pareja siguió

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

conviviendo, ello no les consta directamente en tanto, ninguno de ellos adujo haberlos visitado o conocer su lugar de domicilio y su conocimiento deviene de lo referido por la demandante, tampoco dieron a conocer las circunstancias por las cuales les consta que continuó el ánimo de permanecer en unión de los compañeros, pues nada dijeron al respecto.

De igual forma, con relación a las declaraciones extrajuicio valga anotar que en ellas no se mencionan, tampoco, las razones de tiempo, modo y lugar de las que deviene el conocimiento sobre lo declarado, y en todo caso, aun cuando se les diera valor probatorio a estas, las mismas solo reafirmarían la tesis que la convivencia de la actora con el *de cujus* se extendió solo hasta el año 2006, esto es, tiempo muy anterior al fallecimiento el causante.

Además de lo anterior, según la certificación de folio 29, el señor PEÑA CORTES tenía arrendado un apartamento en la Av. Calle 66 N° 69G-05 en el que habitaba con la señora PATRICIA PARRA OVALLE, desde el año 2007, lo cual permite inferir que se rompió la comunidad de vida del fallecido con la demandante.

Así las cosas, conforme lo reseñado, esta Sala de decisión una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, si bien la señora BLANCA LUCILA LEÓN ACHURY y el señor CESAR AGUSTO PEÑA pudieron haber tenido una unión marital de hecho, ello solo fue hasta diciembre de 2006, esto es, hasta 1 año y medio antes del deceso del causante, por lo que es claro que a la fecha de fallecimiento del señor CESAR AUGUSTO PEÑA, la demandante no ostentaba la calidad de compañera permanente, requerida para acceder a la prestación que reclama, además, en el plenario no se acreditó una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos, por parte de la señora LEÓN al momento de la muerte del pensionado de los que se pudiera derivar la continuidad de la unión pese a la eventual separación de la pareja.

Por lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la señora LEÓN ACHURY dirigida a acreditar su calidad de compañera permanente respecto del señor CESAR AUGUSTO PEÑA CORTES (q.e.p.d.), al momento de su muerte, sufriendo entonces la consecuencia desfavorable de la *“falta de la prueba”*.

EXP. No. 09 2015 00383 01 BLANCA LUCILA LEON ACHURY CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trámite al que se vinculó a WILLIAM STEEBEN PEÑA LEÓN y PATRICIA PARRA OVALLE como litis consortes necesarios y a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como llamadas en garantía.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado a idénticas conclusiones a las vertidas por el Juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

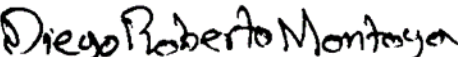
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LA ENTIDAD
PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. -EPS SANITAS- y COMPAÑÍA DE
MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. CONTRA LA NACION
MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL (RAD. 11 2014 00331 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 642, 643 y 645 a 647), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de diciembre del 2019 (Cd a folio 631 record: 21:24, acta a folios 632 y 633), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES de todas y cada una de las pretensiones que fueran impetradas en su contra por la demandante SANITAS EPS S.A de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones previas de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, se fijan como agencias en derecho una suma igual a un millón de pesos de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación, manifestando que los servicios que se están cobrando no hacen referencia atenciones médicas que se hayan prestado o atenciones en salud sino que se requiere el reconocimiento y pago del servicio de cuidadores, resaltando que hay una diferencia de la atención que presta una profesional de enfermería en la cual se llevan a cabo funciones médicas, sea punciones, muestras o un seguimientos, que requieren cierto conocimiento y experiencia en ese tema de salud, mientras que los cuidadores, se tratan de personas que pueden no tener una formación en salud pero están para ayudar a la personas en sus asuntos más básicos, sin que adelanten procedimientos médicos sino que se trata de hacer un acompañamiento a la persona en lo más íntimo de su desarrollo y de su vida, es decir, realizar baños, limpiarlos, ayudarlos a pararse, estar con ellos y evitar accidentes.

Afirma que este tipo de tecnologías no hacen parte del POS y se encuentran excluido de este, afirmando la resolución 5521 en su artículo 29 determina que la atención domiciliaria no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social como es el caso de cuidadores, precisando que si bien una enfermera puede ser designada por la EPS, pero si esta no presta una atención de esta naturaleza, de enfermería, debe entenderse que es una cuidadora y por lo tanto no se encuentra incluida en el POS.

Señala que en el caso concreto los 18 recobros que se están solicitando se deben entender como médico asistenciales y no como servicios asistenciales sobre cuidadores que si se encuentran excluidos en el POS, considerando debió haberse reconocido este recobro pues con la documentación allegada al plenario, se puede observar que se trata de servicios de cuidadores, no de enfermería, no de servicios médicos asistenciales, que como se mencionó se encuentran excluidos del POS y no pueden ser financiados por este, razón por la cual solicita se revoque la sentencia proferida.(Cd. fol. 631, record: 22:18)¹

¹ “Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser dictada pues no me encuentro conforme con la misma, es importante resaltar de esto lo siguiente.

En opinión de este profesional del derecho considero que la decisión que fue adoptada no cumple el principio de necesidad de la prueba conforme al cual las decisiones que tomen los jueces deben tener sustento en un material probatorio robusto, por lo menos que de fe de lo que se dictó en la sentencia.

Es importante resaltar que al proferir la sentencia el despacho se pronunció sobre la inclusión en el POS de tecnologías que cubrían atención domiciliaria o cubrían atenciones médicas en el lugar y auxiliares de enfermería, sin embargo, dicha interpretación escapa de lo solicitado dentro de la presente demanda toda vez que en este caso lo que se está cobrando, los servicios que se están cobrando no hacen referencia a atenciones

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del extremo demandante, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 361 y 362 del escrito de subsanación, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 358 a 361, solicitando, se declare la existencia de una obligación a pagar por la suma de \$2.308.721.536 por concepto de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o no costeados por las Unidades de Pago por Capitación –UPC, servicios efectivamente cubiertos por la EPS SANITAS en favor de afiliados y beneficiarios, correspondientes a 635 solicitudes de recobro discriminadas así: \$598.882.353 para Colsanitas y \$1.709.839.183 para la EPS Sanitas, igualmente solicita el pago de \$230.872.154 por gastos administrativos, intereses moratorios a la tasa máxima, la actualización de las sumas adeudadas, pago de costas y agencias en derecho. Mediante auto proferido en audiencia llevada a cabo el 6 de marzo del 2018 (Cd. Fl. 566, acta fls. 578 y 579), se aceptó

médicas que se hayan prestado o atenciones en salud sino que se requiere el reconocimiento y pago del servicio de cuidadores.

Es importante resaltar que hay una diferencia de la atención que presta una profesional de enfermería en la cual lleva a cabo funciones médicas, sea punciones, muestras o un seguimiento, que requieren un seguimiento, cierto conocimiento y experiencia en ese tema de salud, así como una preparación. Cuando nos referimos al tema de cuidadores, se trata personas que pueden no tener una formación en salud las cuales están para ayudar a la persona en sus asuntos más básicos, no se trata de adelantar procedimientos médicos ni actos médicos, ni punciones ni tomar muestras, sino que se trata de hacer un acompañamiento a la persona en lo más íntimo de su desarrollo y de su vida, es decir, realizar baños, limpiarlos, ayudarlos a pararse, estar con ellos y evitar accidentes.

Este tipo de tecnologías ha sido expresado no hacen parte del POS, hace parte de una prestación médica y no solo no hace parte del POS, sino que se encuentra excluido de este. Traigo por ejemplo la resolución 5521 que en su artículo 29 determina que la atención domiciliaria no abarca recurso humano con finalidad de asistencia o protección social como es el caso de cuidadores. Entonces en el caso, si bien una enfermera puede ser designada por la EPS, pero si esta no presta una atención de esta naturaleza, de enfermería, debe entenderse que es una cuidadora y por lo tanto no se encuentra incluida en el POS.

Esto se menciona como fue dictado en la sentencia, la negación de las pretensiones se da con base en que estos servicios medico asistenciales si se encuentran incluidos, pero no hay una valoración desde el punto de vista técnico en el cual se fundamente por qué en el caso concreto estos 18 recobros que se están solicitando se deben entender como médico asistencial y no como servicios asistenciales sobre cuidadores que si se encuentran excluidos en el POS.

En esta medida y teniendo en cuenta la glosa única que fue dirigida a señalar que, si se trata de tecnologías POS, es preciso señalar que debió haberse reconocido este recobro pues como se puede observar en la documentación allegada al plenario, se trata de servicios de cuidadores, no de enfermería, no de servicios medico asistenciales, que como se mencionó se encuentran excluidos del POS y no puede ser financiados por este. Razón por la cual consideramos y solicitamos al tribunal que se revoque la sentencia proferida y en su defecto se concedan las pretensiones. Muchas gracias”

el desistimiento parcial de los recobros reclamados, girando el debate sobre 18 recobros contenidos en 22 ítems discriminados en el memorial de folios 564 y 565.

Mediante sentencia de primera instancia se obtuvo decisión desfavorable a sus peticiones, tras considerarse que no era procedente el recobro efectuado por la EPS demandante toda vez que para la fecha de prestación de los servicios de salud, los servicios si se encontraban incluidos en el POS conforme los lineamientos establecidos en la Resolución 5261 de 1994 y en ese orden los pagos ya fueron efectuados por la demandada mediante la unidad de pago por capitación.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En ese orden de ideas, previo a resolver la controversia traída a los estrados, es menester precisar, en el caso de marras, no se discute la presentación adecuada de los recobros objeto de estudio por parte de las demandantes al Ministerio de protección social, ahora sucedido por ADRES, es decir, no se controvertió el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de la facturas objeto de reclamación en los términos previstos en los artículos 9,10,11 y 12 de la Resolución 3099 de 2008 del entonces Ministerio de la Protección Social, y demás normas acordes, por cuanto, los recobros objeto de estudio no fueron rechazados por incumplimiento de tales presupuestos, pues no se evidenció inconformidad respecto de los soportes que acompañan cada factura, ni tampoco los recobros fueron objeto de rechazo en los términos del artículo 15 de la misma resolución 3099 de 2008, dado que en autos la omisión de pago se fundó en las causales de glosa referidas para cada recobro y en ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si las causales de glosa establecidas para los recobros reclamados se encuentran debidamente fundadas o no, a efectos de establecer la procedencia del respectivo pago.

Conforme lo anterior, en el caso de marras, se tiene que la parte actora reclama el pago de 18 facturas², correspondientes a servicios prestados que no se encontraban incluidos en el POS vigente para la época, o fueron suministrados en cumplimiento de una orden de tutela, los cuales se encuentran debidamente

2

	No. Recobro	Servicio prestado	Fecha Servicio
1	23531548	PROGRAMA HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 1	26/03/2007
2	23531587	PROGRAMA HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 2	19/08/2007
3	23531610	PROGRAMA HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 1	27/12/2007
4	23531754	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA	25/01/2009
		PROGRAMA HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 1	25/01/2009
5	23586716	INTERNACION EN UNIDAD DE CUIDADO PALEATIVO	12/03/2008
6	23598271	INTERNACION EN UNIDAD DE CUIDADO PALEATIVO	19/10/2009
7	23598273	INTERNACION EN UNIDAD DE CUIDADO PALEATIVO	15/11/2009
8	23760922	INTERNACION PARA CUIDADOS PALEATIVOS Y CRONICOS	12/03/2008
9	44810118	PROGRAMA DE HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADOS PALEATIVOS PHD 2	15/05/2009
		PROGRAMA DE HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADOS PALEATIVOS PHD 1	
10	44977760	PROGRAMA HOSPITALARIO DOMICILIARIO PHD 1 PARA CUIDADO PALEATIVO	26/09/2009
11	44977761	PROGRAMA DE HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADOS PALEATIVOS NIVEL PHD 2	25/11/2009
12	44988955	PROGRAMA DE HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADOS PALEATIVOS PHD NIVEL 2	28/10/2009
13	44988960	PROGRAMA DE HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADOS PALEATIVOS NIVEL PHD 2	19/11/2009
14	45148791	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA PARA CUIDADO PALEATIVO	30/12/2009
		AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE PARA CUIDADO PALEATIVO	
		PROGRAMA DE HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 1	
15	23531724	PROGRAMA HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 7 DIA	25/07/2008
16	23531728	PROGRAMA HOSPITALIZACION DOMICILIARIA PARA CUIDADO PALEATIVO NIVEL 7 DIA	24/08/2008
17	23531757	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA	29/01/2009
18	23573101	ATENCION MENSUAL DOMICILIARIA PACIENTE CRONICO TERMINAL CON TRATAMIENTO DEFINIDO BASADO EN ATENCION DE ENFERMERIA ONCOLOGICA	17/07/2009

relacionados con códigos CUPS³ en el reporte suministrado por la parte actora en medio magnético CD. Folio 394, donde en las bases de información allí contenidas, se registran los datos de fecha de prestación del servicio, fecha de radicación MTY 01-02, numero de factura, consecutivo de radicación interna del recobro y causal de glosa entre otros, advirtiendo, de dicha información se pudo constatar, que los servicios objeto de recobros, fueron suministrados en el lapso comprendido entre el 26 de marzo del 2007 al 24 de agosto del 2008, esto es en la vigencia de la Resolución 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*.

De igual forma se evidenció que catorce (14) de los recobros reclamados fueron glosados bajo la causal 4-03 consistente en: *“Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios.”* Y cuatro (4) con la glosa 1-03, la cual reza: *“Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”*.

Sin embargo, cabe precisar conforme al recurso de apelación interpuesto y en atención al principio de consonancia, se advierte el estudio ante esta instancia únicamente se centrará en establecer si los recobros por los servicios prestados por **AUXILIAR DE ENFERMERIA** en verdad corresponden al de **CUIDADORES**, precisándose la decisión del Juez de primer grado se basó en el hecho de que todos los recobros solicitados si se encontraban incluidos en el POS, no obstante tal decisión no es la que se ataca ante esta instancia, sino el argumento central de la apelación de la parte accionante es: *“dicha interpretación escapa de lo solicitado dentro de la presente demanda toda vez que en este caso lo que se está cobrando, los servicios que se están cobrando no hacen referencia a atenciones médicas que se hayan prestado o atenciones en salud sino que se requiere el reconocimiento y pago del servicio de cuidadores”*.

³“Según la Resolución 1896 de 2001 del Ministerio de Salud define que *“La CLASIFICACIÓN ÚNICA DE PROCEDIMIENTOS EN SALUD (C.U.P.S.) corresponde a un ordenamiento lógico y detallado de los procedimientos e intervenciones que se realizan en Colombia, identificados por un código y descritos por una nomenclatura”*

Así las cosas, dado que el recurso de apelación solo se dirigió frente a dicho recobro se indica este corresponde a las siguientes facturas:

No. Recobro	Servicio prestado	Fecha Servicio
23531754	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA	25/01/2009
45148791	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA PARA CUIDADO PALEATIVO AUXILIAR DE ENFERMERIA NOCHE PARA CUIDADO PALEATIVO	30/12/2009
23531757	AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA	29/01/2009
23573101	ATENCION MENSUAL DOMICILIARIA PACIENTE CRONICO TERMINAL CON TRATAMIENTO DEFINIDO BASADO EN ATENCION DE ENFERMERIA ONCOLOGICA	17/07/2009

Revisado el CD de folio 608, en el cual se anexan todas las documentales que fueron adjuntadas con cada uno de los anteriores recobros se advierte lo siguientes para cada una de ellas:

1. **23531754**: En el fallo de tutela se ordenó suministrar a la paciente todos los tratamientos asistenciales y servicios en forma integral que requiriera y fueras prescritos por el Galeno. En el documento de “ANALISIS DE SERVICIOS ENTREGADOS POR FALLOS DE TUTELA”, la EPS SANITAS señala fue prestado el servicio de Auxiliar de Enfermería día indicando: *“Paciente con diagnostico epilepsia tipo no especificado a quien el médico tratante ordeno el medicamento y/o servicio AUXILIAR DE ENFERMERÍA DIA y en cumplimiento del fallo autorizar el tratamiento integral...”*. Así mismo obra la factura de venta No. 0005992 en el que se factura el código 502010003 con descripción Auxiliar de Enfermería día”.
2. **45148791**: La EPS refiere en el Acta 111-200912001635 que se trata de un *“paciente con diagnóstico de secuelas de evento cerebrovascular multiinfarto, gastronomía, psicosis esquizofrenia, desnutrición secundaria en quien se hace necesario la autorización del programa de hospitalización domiciliaria para cuidado paleativo ya que requiere de acompañamiento permanente por auxiliar de enfermería día y noche para la realización de todas sus actividades básicas de la vida diaria que no le puede brindar su familia por falta de red de apoyo”*, facturándose el servicio AUXILIAR DE ENFERMERIA DIA – NOCHE.

3. **23531757:** Por fallo de tutela se ordenó el tratamiento integral a la paciente, facturándose el servicio de auxiliar de enfermería.

4. **23573101:** En el documento de “ANÁLISIS DE SERVICIOS ENTREGADOS POR FALLOS DE TUTELA”, la EPS SANITAS señala que fue prestado el servicio de Atención mensual domiciliaria paciente crónico terminal con tratamiento definido basado en atención de enfermería oncológica: *“Paciente con diagnóstico tumor maligno de la piel de otras partes y de las no especificadas de la cara a quien el médico tratante ordeno el medicamento y/o servicio atención mensual domiciliaria, paciente crónico terminal con tratamiento definido basado en atención de enfermería oncológica y en cumplimiento del fallo autorizar tratamiento integral, ...”*. Así mismo se factura el servicio de *“Atención domiciliaria para pacientes CR”*.

De acuerdo a lo anterior, lo primero que debe referir esta Sala de decisión es lo que se entiende por la atención domiciliaria en sus modalidades de servicio de ENFERMERÍA y CUIDADOR, lo cual ha sido explicado por la Corte Constitucional entre otras en sentencia T- 065 de 2018 así:

*“Esta Corporación ha destacado que, en específico, el auxilio que se presta por concepto de **“servicio de enfermería”** constituye una especie o clase de “atención domiciliaria” que supone la asistencia de un profesional cuyos conocimientos calificados resultan imprescindibles para la realización de determinados procedimientos propios de las ciencias de la salud y que son necesarios para la efectiva recuperación del paciente.⁴*

De conformidad con esto, debe entenderse que se trata de un servicio médico que debe ser específicamente ordenado por el galeno tratante del afiliado y que su suministro depende de unos criterios técnicos-científicos (...).⁵

4.3. *En relación con la **atención de cuidador**⁶, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud⁷.*

⁴ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 y T-568 de 2014, así como la T-414 de 2016.

⁵ Ibidem.

⁶ En relación con los cuidadores, la Sentencia T-154 de 2014 expresó que éstos: *“(i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.”*

⁷ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico⁸, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado⁹. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta¹⁰.

No obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

(...)

No obstante, se considera que a la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren¹¹. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos¹².

(...)

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.¹³

⁸ Al respecto, la Sentencia T-096 de 2016 indicó: “Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas”.

⁹ En Sentencia T-154 de 2014 la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó dos acciones de tutela interpuestas por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de unos individuos. En una de ellas la Sala estudió la negativa que se hizo del servicio de cuidador que fue solicitado y que tomó sustento en la consideración de la accionada de que dicho servicio debe ser proporcionado por el núcleo familiar del afiliado.

Al respecto, la sala determinó que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación que atienda directamente al restablecimiento de la salud, razón por la cual no debe ser, en principio, asumida por el sistema de salud. No obstante, la Sala concedió el amparo deprecado pues reconoció que si bien el deber de cuidado de un pariente enfermo es principalmente de la familia, de manera subsidiaria puede constituirse en una obligación que se imponga en cabeza de la sociedad y del Estado, quienes deben acudir a su ayuda y protección cuando la familia no pueda asumirlo.

¹⁰ Ver, entre otras, las Sentencias T-154 de 2014 y T-414 de 2016.

¹¹ En Sentencia T-414 de 2016 se expresó por la Corte que: “el servicio de cuidador no [es] en estricto sentido una prestación que deban suministrar las EPS, pues se trata principalmente de una función que no demanda una idoneidad o entrenamiento en el área de la salud, en tanto está más vinculada al socorro físico y emocional a la persona enferma, por lo cual es una tarea que corresponde, en primera instancia, a los familiares –en virtud del principio de solidaridad– o, en su ausencia, al Estado.”

¹² Es de destacar que adicionalmente en Sentencia T-154 de 2014 se reconoció que “los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros)”.

¹³ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

En específico, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016 se tiene que: “es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero, además, tampoco la

*Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve **imposibilitado materialmente** para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado¹⁴.*

Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.”

En esta dirección se aprecia que de los cuatro recobros de los cuales pretende la parte actora se reconozcan como servicios de CUIDADORES, ninguno fue presentado ante el Ministerio de Salud y Protección Social en tal sentido, pues el valor solicitado siempre fue por el servicio de ENFERMERIA, sin que tampoco se aprecie de la documental citada que pese a que se envió personal de enfermería para la atención de los pacientes, no se prestó dicho servicio sino el de cuidador como se aduce en la apelación, igualmente no se acreditaron las condiciones señaladas en la jurisprudencia en cita dirigidas a establecer que los familiares de los pacientes a quienes se les brindó el servicio de enfermería se encontraban en la imposibilidad material de realizarlo y en virtud de ello fue enviado tal servicio.

Nótese que ni tan siquiera en los recobros provenientes por fallos de tutela se dispuso el servicio de enfermería o cuidador, únicamente se ordenó el tratamiento integral de los afiliados, siendo la propia EPS quien designo tal servicio, por lo que no puede pretender ahora a través de este ordinario cambiar la modalidad de la atención prestada a sus afiliados.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar que el real servicio prestado a sus afiliados no fue el de ENFERMERIA sino el de CUIDADOR, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los

suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.”

¹⁴ En Sentencia T-414 de 2016 se indicó que: “*aunque en principio las entidades promotoras de salud no son las llamadas a suministrar el servicio de cuidador en mención, se han contemplado **circunstancias excepcionales** que deben ser examinadas con el máximo de precaución para determinar la necesidad de dicho servicio, a saber: (i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”*(negrillas fuera del texto original)

términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma parte accionante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada, por las consideraciones anteriormente expuestas

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 11 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, a cargo de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN