



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2014-00416-02

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: COOMEVA EPS SA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES como sucesora procesal del MINISTERIO FIDUFOSIGA 2005, CONSORCIO SAYP (Conformada por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, FIDUCIARIA BOGOTÁ, FIDUCIARIA OCCIDENTE, FIDUCIARIA POPULAR, FIDUCIARIA DAVIVIENDA (ANTES FIDUCIARIA CAFETERA) Y CONSORCIO SYAP 2011 EN LIQUIDACIÓN INTEGRADA POR FIDUCOLDEX Y FIDUPREVISORA
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 1143 a 1144), así como ADRES (folio 1152 a 1179) y Consorcio FIDUFOSYGA (fls. 1187) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

COOMEVA EPS SA instauró demanda ordinaria laboral contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, CONSORCIO FIDUFOSYGA

2005 integrado por FIDUCOLOMBIA SA, FIDUPREVISORA SA, FIDUDAVIVIENDA SA, FIDUOCCIDENTE SA, FIDUAGRARIA SA, FIDUBOGOTA SA, FIDUCIARIA POPULAR SA y FIDUCOLDEX SA y contra EL CONSORCIO SYAP 2011 integrado por FIDUPREVISORA SA Y FIDUCOLDEX SA, debidamente sustentada como aparece a folios 367 y 368 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, el **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** integrado por las fiduciarias: Fiduciaria BANCOLOMBIA SA, Fiduciaria LA PREVISORA SA, Fiduciaria DAVIVIENDA (otrora FIDUCAFE SA), Fiduciaria de OCCIDENTE - FIDUOCCIDENTE SA, Fiduciaria de DESARROLLO AGROPECUARIO SA – FIDUAGRARIA SA, Fiduciaria BOGOTÁ SA, Fiduciaria POPULAR SA – FIDUCIAR SA, Fiduciaria COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR SA – FIDUCOLDEX; y al **CONSORCIO SAYP 2011**, integrado por las Fiduciarias LA PREVISORA SA y Fiduciaria COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX SA, son responsables de reconocer y cancelar el reembolso de los gastos asumidos por COOMEVA EPS SA, con ocasión de la prestación de servicios médicos excluidos de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud y que fueron ordenados por los Comités Técnicos Científicos y por fallos de tutelas.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a las demandadas a pagar a COOMEVA EPS SA la suma de \$8.354.335.328,73 por concepto de capital, que obedecen a la cartera relacionada en la columna O del cuadro anexo a la demanda, por las 5275 cuentas de recobro radicadas y no pagadas por los demandados.
3. Condenar a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, el **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** integrado por las fiduciarias: Fiduciaria BANCOLOMBIA SA, Fiduciaria LA PREVISORA SA, Fiduciaria DAVIVIENDA (otrora FIDUCAFE SA), Fiduciaria de OCCIDENTE - FIDUOCCIDENTE SA, Fiduciaria de DESARROLLO AGROPECUARIO SA – FIDUAGRARIA SA, Fiduciaria BOGOTÁ SA, Fiduciaria POPULAR SA – FIDUCIAR SA, Fiduciaria COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR SA – FIDUCOLDEX; y al **CONSORCIO SAYP 2011**, integrado por las Fiduciarias LA PREVISORA SA y Fiduciaria COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX SA, al pago de los intereses moratorios por las cuentas materia de la presente demanda, desde la fecha de radicación de cada cuenta, y hasta la fecha en que efectivamente se pague la condena.
4. Costas procesales.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL contestó la demanda (fls. 474 a 484), así como el **CONSORCIO SAYP 2011** (fls. 541 a 603) y el **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** (fls. 720 a 760), de acuerdo al auto visible a folio 894. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

En audiencia celebrada el 6 de febrero de 2018, se ordenó la sucesión procesal de la entidad **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** como sucesora procesal del **MINISTERIO DE SALUD U PROTECCIÓN SOCIAL** (fl. 950).

En escrito presentado por la parte demandante el 23 de enero de 2017, solicitó el desistimiento parcial, tanto de las pretensiones principales como accesorias y subsidiarias de acuerdo con el Art. 342 del CPC, de los recobros aprobados por parte del FOSYGA en auditorias notificadas en los meses de noviembre y diciembre de 2016, con oficios No, UTF2014-OPE-14810, UTF2014-OPE-15041, UTF2014-OPE-15364, UTF2014-OPE-15256 y UTF2014-OPE-15382, los cuales hacen parte de proceso judicial del asunto y que se aprobaron en virtud de la medida especial de glosas transversal Res. 4244 de 2015. Precizando que sobre el valor glosado, que corresponde a \$224.239.734,51 y frente al saldo de la cuantía de la demanda **NO DESISTEN**, Únicamente, desistieron sobre los valores aprobados correspondientes a \$291.289.692,55 (fls. 640 a 657), **desistimiento** que fue debidamente aprobado mediante auto del 6 de octubre de 2017 (fl. 894).

En audiencia celebrada el 27 de agosto de 2019, se aceptó el **desistimiento** presentado por la parte actora, atendiendo los memoriales obrante a folios 1046 y subsiguientes del plenario, continuando el presente asunto respecto de la suma de \$3.874.532 (fl. 1105).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de febrero de 2020, **ABSOLVIÓ** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por la demandante **COOMEVA EPS SA**, a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, AL **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** CONFORMADA POR FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, FIDUCIARIA BOGOTÁ, FIDUCIARIA OCCIDENTE, FIDUCIARIA POPULAR, FIDUCIARIA DAVIVIENDA (ANTES FIDUCIARIA CAFETERA) Y AL **CONSORCIO SYAP 2011 EN**

LIQUIDACIÓN INTEGRADA POR FIDUCOLDEX Y FIDUPREVISORA. DECLARÓ NO DEMOSTRADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. **COSTAS** a cargo de la parte actora, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV para el año 2020 a favor del CONSORCIO FIDUCIARIA FOSYGA 2005 CONSORCIO SYAP, independientemente de los miembros que la conformen, igualmente el equivalente a 1 SMLMV para el año 2020 para la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

RECOBROS: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que los recobros de la presente demanda corresponden a servicios e insumos suministrados por Coomeva a sus afiliados, previo los procedimientos autorizados por las normas especiales, por orden de fallo de tutela o por la decisión de un comité técnico científico, los cuales se encuentran excluidos del POS, las glosas por las cuales se negó el pago de los recobros son de tipo administrativo, por lo que dentro del presente asunto no se está discutiendo si las prestaciones reclamadas son POS o no POS, pues se tiene claro que los recobros de esta demanda no son POS, simplemente se están alegando para no realizar su pago unas discutibles falencias administrativas de tipo documental y formal que en nada desvirtúa en el derecho que le asiste a la demandante de obtener el reembolso de los recursos que tuvo que sufragar a nombre del estado para suministro de prestaciones no POS ordenadas por los jueces de la República, quedando demostrado en pro del proceso que las cuentas de solicitudes de recobro de las prestaciones del POS entregados a los usuarios fueron presentados para pago del Estado, con los debidos soportes que acreditan la efectiva prestación en suministro de acuerdo con los requisitos legales contemplados en la normatividad vigente para la fecha de su presentación.

En ese orden ideas, señala que se encuentra totalmente acreditados los hechos a saber: la prestación del servicio provino de una orden de un Juez de Tutela o de un CTC de obligatorio cumplimiento para la EPS, que se prestó el servicio reclamado, que se pagó el servicio al proveedor del servicio de salud, que se radicó ante el FOSYGA la solicitud de recobro, hechos que se

encuentran presentes en cada uno de los casos reclamados en el proceso, y tal y como lo resolvió el perito en el Dictamen practicado, en donde se cotejó y validó la mayoría de los recobros objeto del presente proceso, concluyendo que existen los documentos que soportan la prestación efectiva del servicio a los usuarios, los pagos correspondientes a los proveedores e IPS y la estimación de la cuantía correspondiente a los perjuicios ocasionados.

Ahora bien, las prestaciones reclamadas no POS y su negativa de pago constituye un hecho antijurídico y generados de un desequilibrio de la relación Estado – EPS que a su vez conlleva un enriquecimiento sin causa y empobrecimiento a la EPS, contrariando de esta manera los principios del Sistema de Seguridad Social en Salud, el cubrimiento económico de los servicios de salud no está costeadado por la UPC por lo que es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo de los servicios, en el presente proceso, los demandados procedieron a desconocer el pago solicitado en abierta contradicción con lo que establecen las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes, de las cuales constituye que la solicitud del pago es procedente, ya que dichas prestaciones no son responsabilidad de la EPS, por no estar incluidas en el POS, y por no haber sido tenidas en cuenta al momento de determinar el valor de la UPC, de acuerdo con los antecedentes legales y jurisprudenciales existen sobre la materia vemos como se constituye un derecho irrefutable para la EPS que pueda recobrar con cargo al FOSYGA todos aquellos servicios que no estando dentro de la cobertura de la UPC del POS hayan sido efectivamente prestados y garantizados a favor de los afiliados tal y como efectivamente ocurrió en el presente caso.

PRUEBA DOCUMENTAL: Señala que en el acápite de pruebas de la demanda se hizo claridad que con la demanda se aportaba pruebas documentales dentro de las cuales se entrega un disco compacto que contiene un archivo Excel con las cuentas relacionadas y también se encuentran documentos escaneados que comprenden todo el paquete de recobros, como lo es el fallo de tutela o CTC, en su caso la factura, la constancia de pago, todos estos documentos fueron verificados y corroborados por el perito y presentados como prueba pericial, y en el evento en que el Juez haya tenido alguna duda al respecto, pudo haber solicitado su cotejo o requerir a la parte demandante que arrimara los documentos originales al despacho, como inicialmente se ofreció en el escrito de demanda, sin embargo los documentos fueron presentados como pruebas,

junto con la demanda, y fueron corroborados y verificados por parte del perito en la práctica de la prueba pericial decretada por el Despacho, por lo tanto todo ese material probatorio obra dentro del expediente y con ello es posible proferir un fallo de fondo.

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

CONSIDERACIONES

En primer lugar, considera necesario la Sala señalar que no habrá lugar a pronunciarse sobre la documental, aportada por la parte actora, allegada al correo institucional del Despacho visible a folios 1143 a 1144, mediante la cual el apoderado de la parte demandante informa que se encuentran adelantando junto con ADRES un "proceso de saneamiento" de los recobros glosados, dentro de los cuales se encuentra incluido el recobro objeto de la presente demanda, a efectos de radicar el desistimiento de los recobros aprobados en ésa auditoría, sin que por tanto haya aportado memorial alguno que informe algún acuerdo al que se allegó entre las partes, a efectos de darle trámite al mismo, por lo que la Sala se releva del estudio del mismo.

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Sí conforme al material probatorio recaudado la entidad demandante COOMEVA EPS, tiene derecho al reconocimiento de los pagos de recobros de servicios de salud efectuados, por concepto de suministro de insumos y/o diagnósticos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud –POS.

DE LA PROCEDENCIA DEL RECOBRO DE SERVICIOS DE SALUD:

Así, la Sala entra a estudiar y analizar la normatividad que circunscribe las situaciones fácticas discutidas en el presente litigio, señalándose en primera medida que con la Ley 100 de 1993 se creó el "*Sistema de Seguridad Social Integral*", con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con el postulado constitucional

de un orden social justo e igualitario, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.¹

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

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

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

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

Posteriormente, con el Decreto 1429 de 2016, creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), que tiene

¹ Consejo Superior de la Judicatura. M.P. DR. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ

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

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

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

Por otro lado, el Art. 5 ibídem señala:

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

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

Aunado a lo anterior, el Art. 9 de la Resolución 3099 de 2008 señala que las solicitudes de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico o por fallos de tutela, deberán diligenciarse en el formato "FORMULARIO RADICACIÓN DE SOLICITUDES DE RECOBROS" y su anexo "RELACIÓN DE SOLICITUDES DE RECOBRO" que se adoptan a través de la presente Resolución.

En ese orden de ideas, todo recobro radicado ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, debe ser sometido a un trámite de auditoría integral, conforme al procedimiento administrativo que se encuentra previsto en normas de carácter nacional,

como lo son: Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el Decreto Ley 019 de 2012, Resoluciones 3099 de 2008 y 3086 de 2012, 458, 803, 24822, 2729 de 2013 derogadas por la Resolución 5395 de 2013, principalmente.

No obstante lo anterior, el artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008 dispone las causales de rechazo de las solicitudes de recobro así:

Artículo 15º. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicio médico o prestación de salud No POS autorizados por Comité Técnico Científico o por fallos de tutela serán rechazadas en forma definitiva, por las causales y códigos que se señalan a continuación:

a) Cuando fueren presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos 12 y 14 de la presente resolución.(Código 1-01). b) Cuando el fallo de tutela no otorgue posibilidad de recobro ante el Fosyga, la Nación o el Ministerio de la Protección Social (Código 1-02).

c) Cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso (Código 1-03). d) Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga (Código 1-04).

e) Cuando no se anexe al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación (Código 1-05).

f) Cuando al recobro no se adjunta copia del fallo o fallos de tutela (Código 1-06).

g) Cuando al recobro no se aporta el Acta del Comité Técnico Científico (Código 1-07).

Parágrafo. Las causales previstas en los literales f) y g), no serán aplicables cuando se trate de recobros por prestaciones sucesivas y dichos documentos fueron aportados en la primera solicitud.

Ahora bien, no se discute en esta controversia el hecho de que la entidad demandante COOMEVA EPS prestó la atención en servicios de salud y/o suministro de medicamentos, los cuales se aducen en el cuadro anexo de la demanda, hechos que incluso fueron aceptados por las demandadas, no obstante lo anterior, al revisar la documental allegada por la demandada CONSORCIO SAYP obrante a folio 604 del plenario, detalla en cuadro Excel las glosas efectuadas a los recobros presentados por la entidad demandante, entre otras, la consignada en el literal c) que obedece a la causal que la *prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso* así como a la que se relaciona en el literal d) la cual consiste en que los *valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga*, tal y como se indica en el cuadro de Excel que se hace mención, que fue aportado por el CONSORCIO SAYP, junto con los soportes de pago que se efectuaron a favor de COOMEVA EPS en diciembre del año 2013.

Lo anterior quiere decir que si bien fueron presentados los recobros ante las entidades competentes, las mismas fueron glosadas por las causales antes

mencionadas, sin que por tanto se acredite dentro del plenario la subsanación de las causales indicadas por las demandadas, concluyendo entonces que los valores reclamados por la parte demandante fueron rechazados por vía administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo afirmado por el recurrente, si bien reposa a folio 45 del expediente, anexo en Excel que detalla los recobros reclamados por la parte actora, lo cierto es que no obra dentro del mismo pruebas tales como los fallos de tutela o la orden del CTC por los cuales se está recobrando, a efectos de determinar que efectivamente se haya ordenado dicho medicamento o procedimiento reclamado, sino que por el contrario, se anexa únicamente un cuadro en Excel relacionado los recobros, que además fue elaborado por la misma parte demandante e incluso se hacen anotaciones por la misma, trayendo a colación el Artículo 166 del Código Procesal del Trabajo que establece que nadie puede elaborar su propia prueba.

Teniendo en cuenta que los recobros fueron rechazados en vía administrativa, es menester verificar en vía judicial que efectivamente los procedimientos y medicamentos otorgados a los afiliados de la EPS demandante efectivamente se hayan otorgado o practicado, hechos que se encuentran huérfanos de pruebas dentro del plenario, incluso no se tiene certeza que las personas a quien dice que se practicó el procedimiento o se otorgó el medicamento sea efectivamente afiliado de la EPS demandante, así como tampoco hay prueba documental que contenga el Fallo de Tutela o el acta del Comité Técnico Científico que acredite que fueron autorizados los medicamentos o procedimientos no POS reclamados, y que se estén solicitando en la presente demanda, simplemente se aporta un cuadro de Excel en el que relaciona los servicios y procedimientos prestados, pero valga la pena resaltar que el mismo fue elaborado por la misma parte actora.

En ese sentido, no se tiene certeza efectivamente si los servicios fueron prestados tal y como lo ordena el Fallo de Tutela o el acta del Comité Técnico Científico, y por lo tanto no es procedente ordenarle a las demandadas a su devolución a favor de la EPS demandante, precisando en todo caso, que si bien no se está en discusión que los servicios fueron prestados por parte de la demandante, conforme las glosas que obran dentro del proceso, se reitera que no se tiene certeza si fueron prestadas o suministradas, tal y como lo ordena el Fallo de Tutela o el acta del Comité Técnico Científico, al tratarse de medicamentos o procedimientos excluidos por el POS, por lo que se despacha desfavorablemente uno de los argumentos incoados en el recurso de apelación.

En otro giro, en lo que tiene que ver con el enriquecimiento sin justa causa que alega la recurrente, así como empobrecimiento de la EPS demandante, debe traerse a colación la Sentencia SL3814 con Rad. 66071 del 16 de septiembre de 2020 que adoctrinó:

“Sobre esta materia, para empezar, se ha de recordar por la Sala que el enriquecimiento sin causa, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia (sobre todo la de la especialidad en lo civil), constituye una pretensión en sí misma considerada cuyo encausamiento se hace en ejercicio de la acción «in rem verso» por medio de una demanda que da origen al proceso jurisdiccional correspondiente. La jurisprudencia gestora de la institución del enriquecimiento sin causa (como otra fuente más de obligaciones) se orientó a corregir las situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto de derecho sufría mengua, mientras otro acrecía sus haberes en la misma medida, sin que existiera una razón que explicara esa alteración, caso en el cual se impuso al juez el deber de adoptar los correctivos necesarios en procura de que se restableciera la equidad.

Desde un principio, la construcción del enriquecimiento sin causa así concebida como una pretensión autónoma se derivó de los artículos 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, con la característica esencial de que su función no es extender la cobranza de la prestación incorporada en un instrumento que ha perdido su efectividad civil por alguna razón legal, verbigracia la prescripción.

Más adelante, en 1970, el legislador estableció en el Código de Comercio la prohibición expresa del enriquecimiento sin causa (art. 831) y previó otra modalidad, de carácter especial, de la acción in rem verso (inc. 3° art. 882). Esta acción de carácter cambiario la tiene el acreedor que, ante la pérdida de la acción cambiaria y de la causal contra los obligados al pago del título valor, carece de otro remedio para reparar el empobrecimiento, y se conoce doctrinalmente como la acción de enriquecimiento cambiario. En todo caso, por ser una modalidad de la acción in rem verso, se nutre de sus principios generales. Por tanto, tampoco se trata de una extensión de la acción cambiaria que hace inoperante la prescripción o la caducidad².

Por otra parte, la acción de enriquecimiento cambiario es exclusiva para los casos en que la pretensión se apoya en uno o varios títulos valores de contenido crediticio respecto de los cuales se produce la caducidad o la prescripción. Mas no, para todo el campo del derecho comercial, donde se aplica la acción in rem verso común³.

De lo anterior sigue que, en instancia, la prosperidad de la pretensión de la declaración del enriquecimiento sin causa del sublite formulada por la actora con el fin de obtener el pago a cargo de la pasiva de la suma de \$125.819.624, dependía del cumplimiento de todos los presupuestos de esta institución, entre ellos, que hubiera un enriquecimiento torticero en el patrimonio de la pasiva y correlativamente un empobrecimiento de la pasiva; que el supuesto desplazamiento patrimonial no tuviera una causa y el de tener la legitimación por activa para iniciar la acción in rem verso. Para ver en qué consisten estas exigencias, se acude a la jurisprudencia civil que las ha desarrollado a profundidad y las agrupa en cinco condiciones como se verá a continuación.”

En el examen del caso concreto, la Sala encuentra, en primer lugar, que no se probaron los dos primeros supuestos, esto es, el enriquecimiento patrimonial de la pasiva con el correlativo empobrecimiento de la actora, producto de la supuesta prestación de los servicios de salud no incluidos en el POS.

² Ver la sentencia CSJ SC del 21 de mayo de 2002, n.º 7061.

³ Ver la sentencia CSJ SC del 18 de ago. de 1989, n.º ID. 354230 donde se deja en claro estos alcances.

La parte actora pretendió se declarare que la pasiva se ha enriquecido injustificadamente, resultado de la renuencia de reembolsar los dineros que le adeuda por concepto de prestaciones asistenciales y económicas correspondientes al sistema de riesgos profesionales. Y, por tanto, que la enjuiciada debía restablecer el equilibrio patrimonial de las finanzas de la EPS.

La demandante debió acreditar cual fue la ventaja patrimonial obtenida por la pasiva que, según su decir, provino de la prestación de los servicios de salud que ella realizó a sus afiliados. Si se hubiese probado ese incremento patrimonial y que este provino del patrimonio de la pasiva, se había podido afirmar que las demandadas se enriquecieron a expensas del patrimonio de la actora, por el desplazamiento del patrimonio de esta al de aquella.

No obstante, la demandante no cumplió con esa carga probatoria. La sola liquidación del valor de los servicios de salud no POS prestados a los afiliados de la EPS no es suficiente para establecer el enriquecimiento de la pasiva a expensas de la demandante. Se requería la prueba de que realmente tales servicios fueron prestados y cuál fue el incremento patrimonial que esto representó para las accionadas. Por tanto, si no se ha probado el enriquecimiento de la pasiva es imposible colegir el detrimento patrimonial de la accionante, pues la esencia del enriquecimiento ilegítimo es que se presente un desplazamiento económico de un patrimonio a otro sin una causa o título, pues lo que se busca con esta institución es corregir el enriquecimiento a expensas de otro sin causa que lo justifique.

De acuerdo con la demanda, salta a la vista que el supuesto empobrecimiento de la accionante en el que se edifica el enriquecimiento injusto de la pasiva es derivado de las prestaciones asistenciales y económicas correspondientes al sistema de salud no incluidos en el POS que fueron prestados a los afiliados de la EPS demandante. Pero' esto no es suficiente para concluir que la pasiva obtuvo una ventaja patrimonial a consecuencia del empobrecimiento alegado.

Por otra parte, en gracia de discusión, de haber ocurrido el empobrecimiento de la actora como afirma en el recurso de apelación, con el correlativo enriquecimiento de la pasiva, tampoco se cumple con el tercer presupuesto. De haberse presentado, la transferencia entre los patrimonios sería generada por el cumplimiento de la actora de una obligación como EPS, a quien le ha sido encomendada por el legislador la tarea de prestar las prestaciones asistenciales y económicas dentro del sistema general de salud y, para tal fin, ella debió suscribir un convenio con la demandada.

En suma, le basta a la Sala para concluir que no es posible declarar el enriquecimiento sin causa, así se hubiese presentado el empobrecimiento de la actora con el correlativo enriquecimiento de la pasiva, puesto que, como quedó aquí explicado con suficiencia, su configuración excluye los casos donde el desplazamiento patrimonial es causado, por ejemplo, en virtud de prestaciones nacidas de contratos o de un deber legal. De tal suerte que, en el presente caso no se cumple con las exigencias señaladas en la sentencia anteriormente citada.

Bajo las anteriores consideraciones, no le queda otro camino a ésta Sala de Decisión que **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

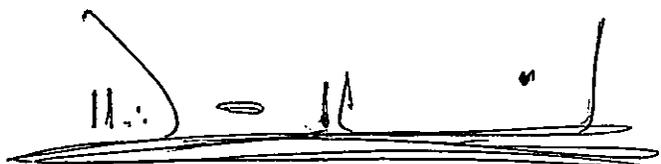
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520140041601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520140041601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501520140041601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación 06-2019-00360-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: SIMEON CRUZ CARDOZO
**DEMANDADOS: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**
ASUNTO : GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor SIMEON CRUZ CARDOZO instauró demanda ordinaria laboral contra el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 4):

- 1) Declarar que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, debe reajustar a favor del señor SIMEON CRUZ CARDOZO la mesada pensional devengada por ésta en un 15% conforme la Ley 4ª de 1976 a partir del 1º de enero de 2001, reajuste este acogido por la Convención Colectiva del Trabajo en sus Arts. 20 y 23.
- 2) Ordenar al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reajustar a favor del demandante SIMEON CRUZ CARDOZO el incremento anual de su mesada pensional equivalente al 15% conforme la Ley 4ª de 1976 a partir del 1º de enero de 2001, reajuste éste acogido por la Convención Colectiva del Trabajo en sus Arts. 20 y 23.
- 3) Como consecuencia de lo anterior, condenar al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar a favor del señor SIMEON CRUZ CARDOZO las diferencias resultantes del reajuste efectuado a las mesadas pensionales, conforme la Ley 4ª de 1976, a partir del 1º de enero de 2001, y hasta cuando se efectúe el pago, debidamente indexadas.
- 4) Costas procesales.

La entidad accionada contestó la demanda (fls. 66 a 77) de acuerdo al auto visible a folio 102. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 6º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de noviembre de 2020. **ABSOLVIÓ** a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** de todas las pretensiones formuladas en su contra por el demandante. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho.

CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demanda, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

El problema jurídico del presente proceso se centra en determinar: 1. Si resulta viable proceder con el reajuste pensional anual equivalente al 15%, con fundamento en la Ley 4ª de 1976, a partir del 1º de enero de 2001, reajuste acogido por los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980.

STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que el señor SIMEON CRUZ CARDOZO adquirió el status de pensionado mediante Resolución No. 2454 del 23 de octubre de 1991, mediante la cual, le fue reconocida una pensión de invalidez a partir del 15 de mayo de 1991, conforme las Leyes 6ª y 45 de 1945, en concordancia con el literal d) del Art. 18 de la Convención Colectiva del Trabajo de 1973, conforme documental que reposa en el expediente administrativo visto a folio 78 del plenario.

RELIQUIDACION INCREMENTO 15%:

Sea del caso precisar que, la parte demandante solicita el reajuste de la mesada pensional, teniendo en cuenta la Ley 4ª de 1976, reajuste acogido por los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980.

Frente al tema, en lo que respecta a incrementos pensionales, la Ley 4ª de 1976, estuvo vigente hasta el 19 de diciembre de 1988, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 71 de 1988, y con posterioridad, entró a regir la Ley 100 de 1993, que con su entrada en vigencia, derogó lo relativo a los reajustes pensionales consagrado en la Ley 71 de 1988.

No obstante lo anterior, al revisar la documental obrante dentro del plenario, el análisis de la sentencia se hace con fundamento en lo establecido en el Art. 280 CGP, que dispone ***“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.”***

En ese sentido, se advierte que dentro del plenario está plenamente acreditado que el demandante fue pensionado conforme las disposiciones de la Convención Colectiva del Trabajo de 1973, la cual no fue aportada al plenario, lo que conduce a desestimar las pretensiones de la demanda, conforme lo indicó la Juez de instancia, teniendo en cuenta que quien la invoca a su favor, tiene la carga de aportarla al expediente, el texto respectivo junto con el depósito ante la autoridad competente administrativa laboral, bajo el entendido que si la prueba no se allega, no se puede dar por entendida la existencia de una Convención Colectiva de Trabajo, y mucho menos reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de las partes, pues de hacerlo, y reconocer derechos que se deriven de la Convención Colectiva de Trabajo que no fue aportada, la única prueba legalmente eficaz, se estaría en un error de derecho.

A lo anterior, se aclara que para resolver el conflicto, no es aplicable la convención Colectiva del Trabajo de 1980, como quiera que se reitera, al demandante le fue reconocida la pensión de invalidez con fundamento en la Convención Colectiva del Trabajo de 1973, normatividad que define las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo el reconocimiento de la prestación, como sus reajustes.

Atendiendo a la fuente extralegal del derecho reclamado, lo primero que se indaga es sobre la aportación formal del instrumento convencional en el que se fundamenta la pretensión de la demandante. En ese sentido se procede inicialmente a comprobar si dichos documentos fueron incorporados en legal forma al expediente, teniendo en cuenta, como se dijo, que no fue aportada ni anunciada en la oportunidad procesal debida. Es decir que la parte accionante se distanció de su deber legal contemplado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, que impone la acreditación formal e integral de la convención colectiva con la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo efectuada dentro de los quince días siguientes a su firma.

Entonces al no allegarse en debida forma la convención colectiva de trabajo, fuente de los derechos reclamados, esto es, la del año 1973, no pueden prosperar las peticiones que tienen como fundamento dicho acuerdo, al no aducirse la fuente del derecho con los requisitos legales, toda vez que al operador judicial le está vedado entrar a reconocer los derechos extralegales reclamados que se originaron en dicho instrumento producto del derecho de la negociación colectiva.

En este orden ciertamente ha de anotarse que a las partes les incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran, el efecto jurídico que ellas persiguen, tal como lo preceptúa el artículo 167 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral. Y es que el texto consagratorio del convenio colectivo debe acompañarse al proceso en reproducción simple obviamente con la constancia de su depósito oportuno igualmente en "reproducción simple" tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 712 de 2001.

No puede pues acreditarse en juicio la existencia de la CONVENCIÓN COLECTIVA como fuente de derechos para quien la invoca a su favor sino acompañando su texto en la forma ya anotada, para efectos de que el operador judicial acometa el correspondiente análisis.

Por otra parte, si bien se aportó la Convención Colectiva del Trabajo de 1980, la cual sirvió de base como fundamento de la presente demanda, lo cierto es que también se allegaron las Convenciones Colectivas del Trabajo de 1990, fecha para la cual se retiró el demandante del servicio, y la cadena de Convenciones Colectivas del Trabajo de los años 1989, 1987, 1985, 1983 y 1981, lo cierto es que no se varía la conclusión advertida, por cuanto el Art. 20 de la CCT de 1980 dispone : *"La empresa de los Ferrocarriles Nacionales, continuará ejerciendo la tramitación y cancelación de las mesadas pensionales y demás obligaciones de Ley, en las mismas circunstancias como se está practicando actualmente. Así mismo, la empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará dando cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 7 y 9 de la Ley 4ª de 1976, y además prestará toda su colaboración para la constitución del Fondo Social para familiares de los pensionados ferroviarios."*

La anterior deficiencia probatoria, impide el análisis de las pretensiones incoadas en la demanda, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en el presente grado jurisdiccional de consulta.

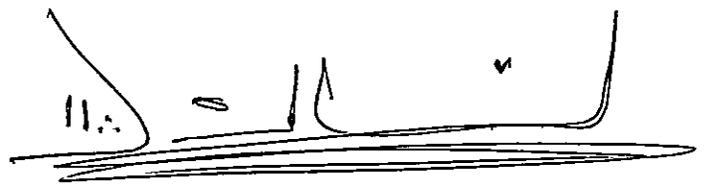
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500620190036001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500620190036001)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310500620190036001)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 23-2019-00729-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA
DEMANDADOS: COLPENSIONES
ASUNTO : RECURSO APELACIÓN (DEMANDANTE Y DEMANDADA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de Colpensiones (fls. 63 a 65) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA instauró demanda ordinaria laboral contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 4):

- 1) Condenar a Colpensiones a re-liquidar y pagar la pensión de jubilación por aportes de la señora NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA, a partir del 23 de mayo de 1988, de conformidad con la Ley 71 de 1988.
- 2) Condenar a la demandada a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
- 3) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 52) de acuerdo al auto visible a folio 54. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de noviembre de 2020. **DECLARÓ** que la demandante **NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA** tiene derecho a la re-liquidación de su pensión por vejez, conforme a las disposiciones de la Ley 71 de 1988, a partir del 26 de mayo de 1991, en cuantía inicial de \$79.711. **CONDENÓ** a Colpensiones a pagar a la demandante **NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA** las diferencias pensionales que se han generado entre la mesada que se le viene cancelando y la que se está ordenando pagar, a partir del 21 de septiembre de 2015, teniendo en cuenta como mesada para ésta anualidad la suma de \$858.906, y a la cual se le deberán aplicar los reajustes legales anuales correspondientes. Se generó como retroactivo por mesadas pensionales al 31 de octubre de 2020 la suma de \$9.796.523, pero las mismas deberán indexarse al momento en que se realice su pago, y además deberán efectuarse los respectivos descuentos por aportes a salud. **DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción propuesta por la demandada, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de septiembre de 2015. **DECLARÓ NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas por la demandada. **COSTAS** a cargo de la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

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

INTERESES MORATORIOS: Solicita se accedan a los mismos, teniendo en cuenta que en reciente jurisprudencia, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que también proceden los intereses moratorios en reajustes pensionales, como lo fue en la sentencia SL66868 de 2020, por acreditarse el perjuicio por parte de Colpensiones en no reconocer la pensión desde el inicio del reconocimiento de la prestación.

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

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN JUBILACIÓN: Solicita se revoque en su integridad la sentencia proferida, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que la H. Corte Constitucional, como el H. Consejo de Estado han señalado la procedencia de la liquidación de la prestación conforme el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, a quienes son beneficiarios del régimen de transición, y en aplicación a la Ley 71 de 1988, el último año de servicio, la sentencia SU 230 de 2015, la cual se reprodujo en la sentencia C 395 de 2017, manifiesta la no procedencia de liquidar conforme la norma anterior, conforme el Art. 36, sino que ello se ajusta conforme a las normas del Sistema de Pensiones, y con coherencia, en cuanto al alcance del Régimen de transición, que manifiesta que el régimen de transición garantiza la normatividad con la que venía rigiendo en cada caso, en cuanto al tiempo de servicio y la edad, y en lo que toca con la tasa de reemplazo, pero no a lo referente al IBL lo cual se regula conforme el inciso 3 del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, y que establece para aquellos que tenían menos de 10 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se liquida con el promedio que les hiciera falta. Por otro lado, el H. Consejo de Estado, mediante sentencia 201214301 de agosto de 2019, dispuso que los factores salariales para liquidar esta pensión son únicamente aquellos que se hayan efectuado al Sistema de Pensiones y garantizar su retorno al momento de estar pensionado. En gracia de discusión, solicita que en el evento en que se confirme la sentencia, se revise la liquidación efectuada por el Juzgado, a efectos de garantizar que no se vea afectado Colpensiones.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por las partes, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

PRESUPUESTO FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí la señora NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA tiene derecho a la re-liquidación del IBL de su mesada pensional, incluyendo la totalidad del tiempo laborado y no cotizado, para el extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia. **2.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993. **3.** Excepción de prescripción.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, le reconoció pensión de vejez a la señora NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA mediante Resolución No. 09151 del 13 de julio de 1988, conforme lo establecido en el Decreto 3041 de 1966, a partir del 27 de mayo de 1988 en cuantía inicial de \$25.638, ordenando el pago de un retroactivo pensional hasta el 31 de julio de 1988 por valor de \$52.687. Se indicó además que la liquidación se basó en 635 semanas cotizadas, con un IBL de \$8.785,96 (fls. 10).

Posteriormente, que mediante Resolución No. SUB 37154 del 13 de febrero de 2019, Colpensiones, en cumplimiento de un fallo judicial, proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 31 de enero de 2018, modificada por ésta Corporación del 12 de junio de 2018, dentro del proceso con radicado No. 18-2017-209, ordenando la re-liquidación de la mesada pensional a favor de la señora NERE CONCEPCIÓN CAMARGO DE GARCÍA en cuantía de \$700.285, efectiva a partir del 21 de marzo de 2013, conforme se extrae de la Resolución No, SUB 58310 de 8 de marzo de 2019 (fls. 41 a 45)

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN:

Pues bien, la parte demandante solicita sean incluidos la totalidad del tiempo de servicio prestado por la demandante, específicamente al extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 7 de mayo de 1950 al 5 de agosto de 1959, tiempo que no fue tenido en cuenta desde la Resolución primigenia, reconocedora de la prestación Resolución No. 09151 del 13 de julio de 1988.

En ese orden de ideas, el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 estableció en lo pertinente: *“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.*

Revisado el plenario no existe discusión acerca de la fecha de nacimiento de la actora que data del 26 de mayo de 1936, pues así se desprende de la copia de la cédula de

ciudadanía visible a folio 8 del expediente, lo que de suyo implica que arribo a la edad de 55 años el mismo día y mes del año 1988, a efectos de aplicar la Ley 71 de 1988.

Por otro lado, resta por establecer el tiempo de servicio requerido a efectos de hacerse acreedora de la prestación pensional que reclama.

Pues bien, la H. Corte Suprema de Justicia determinó que se debía reconocer el tiempo laborado en Entidades de Servicio público sin que existiera cotizaciones a efectos de ser beneficiario de la pensión de jubilación de la Ley 71 de 1988.

Al respecto, cabe traer a colación la sentencia SL 16086 con radicación No 54226 del 20 de octubre de 2015, en donde nuestro órgano de cierre adoctrinó:

"(...) Ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional.

En la sentencia CSJ SL665-2013, se dispuso:

*"En tales condiciones
(...), lo procedente en estos casos es que, la administradora de pensiones respectiva tenga en cuenta el tiempo de servicios por el cual no hubo afiliación ni cotizaciones, y recobre el valor de los aportes con el cálculo actuarial respectivo, para lo cual deberá tramitar el bono o título pensional allí previsto. Entre tanto, dada la ventaja que otorga la norma anteriormente mencionada, no resulta procedente ordenar el pago de los aportes en la forma pedida. Por lo mismo, en este aspecto, será confirmada la sentencia apelada.*

Así las cosas, conforme a los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, le corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado el trabajador sobre los servicios prestados a un particular empleador con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, promover las acciones necesarias para hacer efectivo el pago del dicho cálculo actuarial, soporte de la específica prestación pensional al resultar el ex empleador renuente a su espontánea solución.

Por tanto, al trabajador no le puede ser oponible tal situación como excusa para negarle la prestación pensional a la que puede tener derecho, pues en manera alguna puede quedar sujeto a que conforme a su libre albedrío el empleador acuda o no a dar solución al débito prestacional fuente de financiación de su derecho pensional.

Aclarado lo anterior, se advierte que el ISS mediante la resolución primigenia reconocedora de la prestación, reconoció que la demandante cotizó un total de 635 semanas al extinto ISS hoy Colpensiones, situación que no es motivo de inconformidad, tal y como se observa a folio 10 y 11 del plenario.

Ahora bien, se observa a folios 12 a 19 que la demandante prestó sus servicios al extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 7 de mayo de 1950 al 5 de agosto de 1959 en el cargo de "Mecanógrafa No. 2ª DPTO TRAFICO", situación que se colige de la certificación electrónica de tiempos laborados expedida por el Ministerio del Trabajo y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda que reposa en el expediente administrativo allegado por la pasiva, visto a folio 52 del plenario.

En ese orden de ideas, resulta diáfano para la Sala concluir que la señora NERE CONCEPCIÓN CAMARGO acreditó 483 semanas correspondientes al tiempo de servicio prestado para Ferrocarriles Nacionales de Colombia (fl. 12).

Aclarado lo anterior, al sumar el tiempo cotizado al extinto ISS hoy Colpensiones (635 semanas), y el tiempo de servicio prestado por la demandante a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (483 semanas) arroja un total de 1.118 semanas, esto es, superando ampliamente los 20 años de aportes cotizados entre el sector público y el sector privado; por lo que es procedente re-liquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante para en el reconocimiento de la pensión de jubilación bajo los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988.

Ahora bien, el artículo 8º del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988, refiere cual es el monto atendible para efectos de cuantificar la pensión de jubilación que se ordena, en los siguientes términos: *"El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley."*

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Previo a determinar el *quantum* de la pensión y el valor a que asciende el retroactivo por las diferencias de las mesadas pensionales a que haya lugar, la Sala entra a estudiar la excepción de prescripción que fue propuesta por la demandada y que por demás es objeto de apelación por la parte demandante.

Así las cosas, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez

y por un lapso de tiempo igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el 13 de julio de 1988, fecha de expedición de la Resolución No. 09151 del 13 de julio de 1988 –*Acto Administrativo reconocedor de la prestación*-, o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de la re liquidación de la prestación con fundamento en la Ley 71 de 1988, límite que en todos los caso dejó vencer la actora como quiera que presentó la reclamación administrativa el 21 de septiembre de 2018 (fl. 26) que solicitó que le re-liquidara la pensión de vejez con fundamento en la Ley 71 de 1988, la cual fue negada mediante resolución No SUB 58310 del 8 de marzo de 2019, y radicó la presente demanda el día 23 de octubre de 2019, conforme acta de reparto visible a folio 48 del plenario, dejando transcurrir el término trienal que establece la norma en comento.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión del Juez de primera instancia, en el sentido de DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, sobre las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de septiembre de 2015, tal y como lo indicó el A quo, CONFIRMANDO el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

Aclarado lo anterior, respecto al IBL, el artículo 9 de la Ley 71 de 1988 dispone que el Ingreso Base de Liquidación se establece tomando como base el promedio del último año de salarios, actualizado con base en el IPC certificado por el DANE.

En este sentido, la Sala despacha desfavorablemente la súplica incoada por Colpensiones, en lo que tiene que ver a la aplicación del párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que en el presente asunto no se está reconociendo a la demandante la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988 en virtud del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, sino que por el contrario, se está reconociendo ésta prestación directamente en aplicación de la Ley 71 de 1988 plena, razón por la cual se aplica en su integridad la normatividad.

Así pues, conforme a la liquidación efectuada con apoyo del profesional del grupo liquidador adscrito a la Sala, Acuerdo PSAA 15-10323, que hace parte integral de la presente sentencia, se calculó la prestación con IBL del promedio del último año de

servicio en la suma de \$148.844,32 que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% arroja como primera mesada pensional, la suma de \$111.633,24 a partir del 26 de mayo de 1991.

No obstante lo anterior, por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se **CONFIRMARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

DIFERENCIA RETROACTIVO PENSIONAL:

En orden a lo que se viene exponiendo, procedería por concepto de diferencia de retroactivo pensional la suma de \$34.826.671,52 según liquidación efectuada con apoyo del profesional del grupo liquidador adscrito a la Sala, Acuerdo PSAA 15-10323, la cual hace parte integral de la presente sentencia, calculada desde el 21 de septiembre de 2015 con corte al 31 de octubre de 2020, sin embargo, se reitera que por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se **CONFIRMARÁ** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

INTERESES MORATORIOS:

Solicita la parte demandante en su recurso de apelación que sean reconocidos los intereses moratorios, teniendo en cuenta que en reciente jurisprudencia, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que también proceden los intereses moratorios en reajustes pensionales, como lo fue en la sentencia SL66868 de 2020, por acreditarse el perjuicio por parte de Colpensiones en no reconocer la pensión desde el inicio del reconocimiento de la prestación.

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto es del caso traer a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...) La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos

¹ «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago».

en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en las sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

Aunado a lo anterior, en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, el máximo Tribunal adoctrinó que:

*En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios **son simplemente resarcitorios y no sancionatorios** (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.*

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

Así pues, de conformidad como lo señaló la apoderada de la parte demandante, si bien la sentencia antes referida señaló el cambio de criterio que asumió la H. Corte Suprema de Justicia en el sentido que los intereses moratorios, previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden frente a cualquiera de las pensiones legales concedidas en virtud del régimen de transición, incluso sin importar si se trata de un reajuste (SL3130 de 2020), lo cierto es que en el presente asunto no proceden los intereses moratorios en primer lugar porque la pensión de jubilación por aportes reconocida a la demandante no se dio en virtud del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a lo anterior, se precisa que la pensión de jubilación por aportes reconocida a la demandante se hizo con fundamento en la Ley 71 de 1988, en aplicación plena y directa al caso de la demandante, y por lo tanto, para la fecha de reconocimiento de la prestación, esto es, para el año 1991, no existía la regulación por concepto de intereses moratorios, pues se aclara que los mismos fueron creados con

fundamento en el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, esto es, con posterioridad al reconocimiento de la prestación.

Bajo los anteriores argumentos, se despacharán desfavorablemente las súplicas incoadas por la apoderada de la parte demandante, para en su lugar CONFIRMAR la absolución de los intereses moratorios, conforme lo indico el Juez de primera instancia.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el 3 de noviembre de 2020 por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502320190072901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502320190072901)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502320190072901)